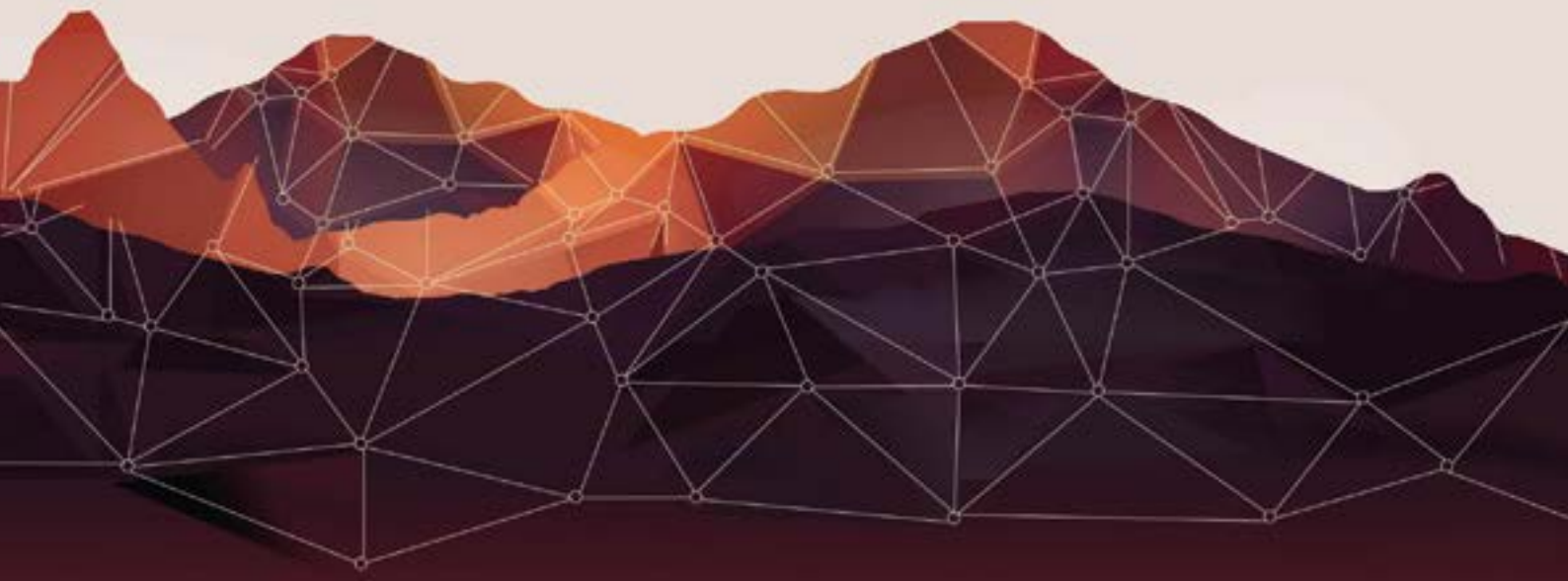
| Revista Eletrônica

Jurisprudência Mineira

Ano 73 | v. 231 | janeiro a junho de 2022



EJEF | TJMG

Revista Eletrônica
Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

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

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

Jurisprudência Mineira	Belo Horizonte	a. 73	v. 231	p.1-729	jan./jun. 2022

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Superintendente
Des. Tiago Pinto

Superintendente Adjunta
Des.ª Mariangela Meyer Pires Faleiro

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

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

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas
Thelma Regina Cardoso

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental
Fernando Rosa de Sousa

Gerente de Jurisprudência e Publicações Técnicas
Thiago Israel Simões Doro Pereira

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

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

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

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

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

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 73 n° 1 1950-2022
Belo Horizonte, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Semestral.
ISSN 0447-1768

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

CDU 340.142 (815.1)

ISSN 0447-1768

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Presidente

Desembargador GILSON SOARES LEMES

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA

Segundo Vice-Presidente

Desembargador TIAGO PINTO

Terceiro Vice-Presidente

Desembargador NEWTON TEIXEIRA CARVALHO

Corregedor-Geral de Justiça

Desembargador AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO

Comitê Técnico da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Desembargadores

Tiago Pinto

Mariangela Meyer Pires Faleiro

José Marcos Rodrigues Vieira

Jaubert Carneiro Jaques

Moacyr Lobato de Campos Filho

Juiz de Direito

Murilo Sílvio de Abreu

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas

Thelma Regina Cardoso

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental

Fernando Rosa de Sousa

Comissão de Divulgação da Jurisprudência

Desembargadores

Tiago Pinto

Segundo Vice-Presidente

Armando Freire

Evangelina Castilho Duarte

Júlio César Lorens

Lailson Braga Baeta Neves

Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires

Osvaldo Oliveira Araújo Firmo

Rogério Medeiros Garcia de Lima

Sandra Alves de Santana e Fonseca

SUMÁRIO

DOUTRINA

Termo de Cooperação nº 140/2021 TJMG/Anima e Programa Arbitragem Acadêmica: uma nova perspectiva de acesso à justiça **07**
Daniel Secches Silva Leite

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Órgão Especial 24

Súmulas 44

Jurisprudência Cível 46

Jurisprudência Criminal 442

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA **653**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **688**

Termo de Cooperação nº 140/2021 TJMG/Anima e Programa Arbitragem Acadêmica: uma nova perspectiva de acesso à justiça

Daniel Secches Silva Leite[1]
dansecches@yahoo.com.br
instagram: @danielsecches

Sumário: 1 Considerações iniciais. 2 Acesso à justiça na modernidade. 3 Sistema multiportas e microssistema de métodos adequados de resolução de conflitos. 4 Arbitragem acadêmica. 5 Considerações finais.

1 Considerações iniciais

Nas últimas décadas, passou a constituir truísmo a afirmação de que a função judiciária, no Brasil, está em crise.

Temos atualmente no país uma situação única no mundo: aproximadamente 80.000.000 de processos em trâmite, 94% em primeiro grau de jurisdição, para uma população de aproximadamente 210.000.000 milhões de pessoas. Do mesmo modo, a proporção de cursos de Direito e de advogados em relação à população total brasileira é singular, pois possuímos mais de 1.100.000 advogados e um total de 1.843 cursos de direito com 1.154.751 alunos.[2]

Por um lado, temos um Poder Judiciário incapaz de dirimir um volume tão elevado de processos, a despeito da ótima produtividade média do magistrado brasileiro.[3] Por outro lado, possuímos uma proporção enorme de graduandos de direito e de advogados, sem que isso signifique, necessariamente, melhoria no cenário de soluções de litígios.

Pelo contrário, o alto grau de litigiosidade do brasileiro, exacerbada após o advento da Constituição Federal de 1988, somado à ampla possibilidade de acesso à justiça, entre outras concausas, vem fazendo com que historicamente a taxa de congestionamento de ações em trâmite, no Brasil, nas variadas Justiças, venha se acentuando – com exceção pontual e em pequena medida dos últimos dois anos.

Mais que isso, ainda impera a concepção de acesso à justiça como sinônimo de acesso à jurisdição (estatal), o que configura um fator limitador da garantia constitucional e impeditivo de um mais amplo uso dos métodos adequados de solução de conflitos.

---

[1] Professor de Direito Processual Civil e Métodos Adequados de Solução de Conflitos no Centro Universitário UNA (graduação) e em cursos de Pós-Graduação *lato sensu*. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos. Doutorando na linha de Direito Processual na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro do CBAr - Comitê Brasileiro de Arbitragem. Advogado.

[2] Segundo dados, respectivamente, do relatório *Justiça em Números*, do Conselho Nacional de Justiça; e do Ministério da Educação (https://emec.mec.gov.br/).

[3] Ainda segundo dados do relatório CNJ *Justiça em Números* – 2020: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf, Consulta em 23 de maio de 2021.

O que se pretende demonstrar ao longo do artigo é que o princípio do acesso à justiça, em seu viés mais moderno e democrático, para além de legitimar o uso dos meios autocompositivos disciplinados na codificação processual civil (*i.e.*, conciliação e mediação) na cognição civil brasileira, também permite o uso de qualquer meio adequado para a solução do conflito, em relação orgânica com a jurisdição estatal.

Tal dimensão do princípio constitucional do acesso à justiça também permite a concepção de que há um microssistema de métodos integrados de solução de conflitos, fungíveis entre si, a permitir uma tutela adequada.

A partir de tais premissas, será possível o aproveitamento da Academia na solução de conflitos de interesse que se multiplicam no Brasil, quiçá na sua desjudicialização, tendo-se como supedâneo um modelo processual democrático, como se procurará demonstrar na sequência.

2 Acesso à justiça na modernidade

O princípio do acesso à justiça foi objeto de profundas mudanças ao longo do tempo, seja no que tange ao texto legal[4] de que deriva, seja no que se refere à norma dele extraída.

É inegável que, no Brasil e no mundo, a ideia de acesso à justiça ganhou contornos muito mais complexos e ricos ao longo do século XX e início do século XXI, equivalendo, em linhas gerais, ao acesso à ordem jurídica justa, efetiva, em prazo razoável, e com a observância do devido processo legal, o que inclui, entre outros, os princípios do contraditório, da isonomia, da ampla defesa, da publicidade, da motivação das decisões e da iniciativa das partes.[5]

Nada obstante, seu conteúdo pode ser melhor explorado, e principalmente integrado aos métodos adequados de solução de conflitos, possibilitando a criação de um sistema de técnicas de solução de conflitos, que inclui, mas não se esgota, na jurisdição estatal.

A interpretação mais avançada do princípio do acesso à justiça pode permitir a conjugação de diversos métodos de solução de conflitos a procedimentos jurisdicionais utilizados no Brasil, sem perda da legitimidade decisória – ou, ao invés, com ganhos neste sentido.

2.1 Evolução do princípio

[4] À guisa de exemplo, o art. 141, § 4º, da Constituição Federal de 1946 estabelecia que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual", dicção mantida no art. 150, § 4º, da Constituição Federal de 1967 e no art. 153, § 4º, do texto elaborado a partir da Emenda Constitucional 1/1969. Atualmente, o texto legal está disciplinado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", bem como no art. 3º, *caput*, do Código de Processo Civil: "não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito".

[5] Ver, por todos, GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Seoul conference 2014 Constitution and proceedings - Effective Access to Justice: the right to Access to Justice and Public Responsibilities**. São Paulo: Revista de Processo, vol. 250/2015, p. 17 – 31, Dez/2015.

Quando dos Estados Liberais, no curso dos séculos XVIII e XIX, prevaleciam os ideais da Revolução Francesa de igualdade, liberdade e fraternidade, o que, estendido ao direito à tutela jurídica, significava um acesso meramente formal ao Poder Judiciário, burocrático e oneroso, mediante um processo (paritário) com protagonismo das partes e limitado a poucos.

A respeito dessa quadra histórica, anotam Cappelletti e Garth, que "a justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva" (CAPPELLETTI; Garth, 1988, p. 9).

Segundo Baracho (1995, p. 2), neste Estado, é assegurada ao cidadão uma igualdade de direitos, e não de fato, por isso se verifica a ocorrência desenfreada da desigualdade: "A igualdade dos indivíduos é apenas teórica, de direito, bem como a igualdade política. A concorrência favorece os fortes, criando desigualdades. Aparece uma sociedade desequilibrada."

Os direitos e garantias fundamentais do Estado Liberal reduziam-se a: a) garantia dos direitos individuais; b) livre concorrência e c) não intervenção estatal nas atividades privadas, ou seja, preconizava-se a defesa da igualdade, da liberdade individual, e da propriedade.[6]

Com a crise do modelo liberal no séc. XIX e o surgimento das primeiras constituições sociais no início do séc. XX – e, portanto, a mudança de paradigma do Estado Liberal para o do Estado Social de Direito[7] -, começa-se a questionar a restrição do acesso à Justiça à população em geral.

Nesse novo período histórico, procura-se a concretização dos direitos anteriormente formais; a liberdade do Estado liberal não mais pode ser tida como mero desdobramento da legalidade estrita, em que o indivíduo poderia fazer tudo o que não fosse proibido por lei, "mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação" (CARVALHO NETTO, 1999, p. 480).

As Constituições sociais trazem em seu corpo os direitos de segunda geração, quais sejam: os direitos sociais, que disciplinam os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, ao direito à greve, à saúde, à educação, à subsistência.

O Estado amplia suas funções, uma vez que intervém nas esferas privadas para garantir a efetividade daqueles direitos.

[6] Segundo Quintão Soares, "a moderna constituição do Estado burguês de direito era considerada, conforme seu devenir histórico e esquema fundamental, uma constituição liberal, fundada, consoante a expressão Kantiana, nos seguintes princípios apriorísticos: a liberdade de todos os seres humanos, membros de uma sociedade, enquanto homens; a dependência de todos a uma legislação comum, como súditos; a igualdade de todos; como cidadãos" (2001, p. 266-267)

[7] Costuma-se apontar, doutrinariamente, dois marcos históricos, e porque não dizer também temporais, na questão do reconhecimento dos direitos sociais: a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

Processo, sob a óptica do Estado Social de Direito, é considerado como instrumento de efetividade da paz social, a "*confecção de normas é essencialmente uma questão de justiça, sendo avaliada segundo princípios que estabelecem o que igualmente é bom para todos*" (HABERMAS, 1995, p. 113). O Estado-juiz exerce todo o seu poder para atingir sua finalidade, qual seja: garantir a justiça e o bem estar coletivo.[8]

A concepção do Estado-Providência, de *Welfare State*, migrou, dessa forma, e notadamente no Brasil, para o processo, no qual o juiz teria que estar atento a escopos metajurídicos, não claramente inseridos na lei.

Também a partir de tal evolução paradigmática, o acesso à justiça ganha especial destaque, pretendendo-se garantir o *efetivo* acesso do cidadão à tutela jurisdicional, da forma mais ampla possível, com o escopo de pacificação social.

Daí porque Cappelletti e Garth identificam, nesse momento, a primeira onda renovatória no tratamento da garantia de acesso à justiça, qual seja a ampliação de tal acesso aos necessitados – o que, no Brasil, tem como exemplo a Lei 1.060/50, de justiça gratuita, entre outras normas orientadas para o mesmo fim.

Ao longo do século XX, passando pela segunda onda renovatória,[9] o acesso à justiça também angariou um conteúdo hermenêutico cada vez mais amplo, rico e complexo.

A preocupação em meados daquele século era notadamente a de se evitar – ou ao menos se mitigar – empeços ao acesso de quem quer que seja à Jurisdição, como remédio a eventuais intentos autocráticos do regime de plantão,[10] como a criação de instâncias administrativas prévias e medidas afins.[11]

Constata-se, pois, que mesmo essa primária dimensão do princípio do acesso à justiça é indissociável da própria ideia de democracia.

A despeito disso, a interpretação daquele princípio fundamental continuou a evoluir e ganhar mais amplos significados.

Nos estertores do século XX e início do século XXI, desenvolve-se a terceira onda renovatória de interpretação do acesso à justiça identificada por Garth e Cappelletti: a busca pela simplificação e desburocratização de processos e procedimentos.

---

[8] Nos dizeres de Dinamarco: "[...] as disposições contidas no ordenamento jurídico substancial constituem para o juiz, em princípio, o indicador do critério de justiça pelo qual determinada sociedade optou, em dado quadrante de sua história; mas, se só à lei estiver o juiz atento, sem canais abertos às pressões axiológicas da sociedade e suas mutações, ele correrá o risco de afastar-se dos critérios de justiça efetivamente vigentes." (2003, p. 360).

[9] Envolvendo o reconhecimento de direitos e interesses metaindividuais, mas que não será abordado por fugir do objeto do presente artigo.

[10] Dispõe, a propósito, o art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948: "Toda a pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei". No mesmo sentido, o constante do art. 8, 1, do Pacto de São José da Costa Rica.

[11] Não por acaso o Ato Institucional n. 5, editado em 13 de dezembro de 1968, em seu art. 11 determinava que "excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos".

No Brasil, essa onda se espraiou em diversos textos normativos, vários deles denominados de mini-reformas processuais – tanto civis quanto penais, que impactaram os respectivos códigos de processo especialmente a partir da década de 1990 – e culminou na edição de um novo Código de Processo Civil, no qual a deformalização processual é um imperativo.[12]

Mas, para além da deformalização do processo e do procedimento, a mais atual interpretação do princípio do acesso à justiça abrange, também, a deformalização do conflito.[13] [14]

De fato, hodiernamente se entende que a garantia de acesso à justiça não se limita, apenas, ao direito de acesso à jurisdição – o que impede que se o entenda meramente como sinônimo de inafastabilidade do controle jurisdicional -, senão como possibilidade de acesso à ordem jurídica justa, efetiva, em tempo razoável, com observância do devido processo legal e com o uso, se necessário, de qualquer meio adequado para a solução do conflito.

Se o objetivo mais magno da função judiciária é a obtenção da paz social, de menor relevo a circunstância de que o meio para tanto seja uma outra técnica de resolução de litígios que não a jurisdição.

Em outros termos, entende-se modernamente que o alcance do princípio vai além da previsão de que é livre o acesso ao Poder Judiciário, tão somente.

Tendo como premissa tais circunstâncias, destaca Grinover (2015, p. 19) que o efetivo acesso à justiça depende de múltiplos fatores, entre eles "a organização de serviços voltados ao tratamento adequado das controvérsias, inclusive com a utilização de mecanismos consensuais de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação".[15] Justamente por isso, continua, entende-se que "o efetivo acesso à justiça é aquele que gera acesso à ordem jurídica justa, o que vai além do acesso ao

[12] De fato, várias alterações legislativas foram elaboradas nesse sentido, como a possibilidade de negócio jurídico processual atípico; a possibilidade de intimação de testemunhas pelo seu próprio advogado; o depoimento técnico do perito em audiência; o juízo de admissibilidade do recurso de

[13] Sobre o tema, observa Couto (2017, p. 420) que "[...] a deformalização de controvérsias engloba a prática de atos que dispensem ou retardem, em alguma medida, a fruição da estrutura do Poder Judiciário ou o recurso ao instrumento de atuação da jurisdição. Noutro giro, observa-se que o fenômeno da deformalização pode ser vislumbrado com maior intensidade no âmbito da desjudicialização, materializada mediante expedientes de natureza extrajudicial, em decorrência da delegação, a outras instâncias, da possibilidade de exercer certas formas de tutela, excetuadas as medidas de natureza coercitiva e acautelatória. [...] Considerando-se que o acesso à justiça pode prescindir do acesso ao Poder Judiciário, referiu-se que a tendência ligada à extrajudicialidade possui seu maior expoente na desjudicialização, a qual pode ser conceituada como modalidade de tutela de

[14] Vittorio Denti (1980, p. 422) identifica duas tendências relativamente ao movimento em direção a formas adequadas de resolução de litígios: uma tendência à desformalização e outra tendente à deslegalização. Em sentido análogo, Grinover (1988, p. 195), trabalha os conceitos de deformalização

[15] GRINOVER, 2015, p. 17-31.

Judiciário, não podendo o tema ser estudado nos acanhados limites de acesso aos órgãos judiciários existentes no país."[16] [17]

Parece-nos que foi essa a opção legislativa, inclusive, adotada pelo nova codificação processual civil, que, em seu artigo 3º, contempla o princípio do acesso à justiça (*caput*),[18] conjugado com os métodos adequados de solução de conflitos (parágrafos), determinando-se ainda que "a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial" (§ 3º do art. 3º do Código de Processo Civil).

Revela-se, nessa norma, mais do que em qualquer outra em nosso sistema jurídico,[19] a adoção do sistema multiportas proposto pelo professor emérito Frank Sander, da Universidade de Harvard, em 1976, para o qual a jurisdição não deveria ser a única e tampouco a primeira técnica de solução de conflitos a ser implementada quando do surgimento de um conflito de interesses – o que será melhor explorado no tópico subsequente.

Demais disso, a política judiciária consagrada na Resolução 125/10[20] do Conselho Nacional de Justiça trouxe avanços sensíveis no paradigma dos serviços judiciários a corroborar a interpretação mais ampla do princípio em exame: mais do que garantia de acesso à jurisdição, está-se diante de garantia de acesso à ordem jurídica justa, o que inclui a utilização do método de solução de conflito mais adequado ao litígio em concreto, que pode ser, assim como a jurisdição, heterocompositivo (a que se soma a arbitragem), ou, como na negociação, conciliação ou mediação, autocompositivo.[21]

---

[16] Destaca ainda Grinover, *op. cit.*: "acompanhando a 'terceira onda renovatória do processo' segundo Cappelletti, grande avanço, no que diz respeito ao aspecto prático do acesso à justiça no Brasil, foi trazido pela Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, regulamentando a conciliação e a mediação em todo o país e estabelecendo diretrizes aos Tribunais; seu principal objetivo é a melhora da prestação jurisdicional, com o incentivo e regulamentação dos métodos consensuais de solução de conflitos (mediação e conciliação) que levam à pacificação social e, consequentemente, tornam efetivo o princípio constitucional do acesso à justiça, que exige não só efetividade, celeridade e adequação da tutela jurisdicional, mas uma atenção do Poder Judiciário a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses. As experiências desenvolvidas no Brasil permitem constatar que o 'acesso à ordem jurídica justa' se viabiliza com a condução efetiva do processo pelo juiz (gerenciamento do processo e gestão cartorária) e com a utilização não só de métodos consensuais de solução de conflitos, mas também por serviços de cidadania e orientação jurídica, que levam à pacificação social, advindo daí o abrandamento da morosidade da justiça, a diminuição do número de processos e de seus custos".

[17] No mesmo sentido, destaca Fichtner, com enfoque especial na arbitragem: "[…] quando o dispositivo constitucional faz menção ao 'Poder Judiciário', cumpre entender que, na verdade, ele quer se dirigir a todos os personagens que atuam no sentido de prestar jurisdição aos cidadãos, o que inclui os árbitros. Por conseguinte, pode-se concluir também que quando a Constituição faz referência, no dispositivo constitucional em tela, ao 'Poder Judiciário', na verdade ela se dirige também aos árbitros, responsáveis que são, igualmente, pelo exercício da jurisdição. Em uma frase, o que se garante é o acesso à justiça – e, portanto, também à via arbitral – e não o acesso exclusivo ao Poder Judiciário. Onde a Carta Magna estatui que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", deve-se ler "a lei não excluirá da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça a direito". Trata-se de concepção fundamental, ademais, para afastar qualquer incompatibilidade entre a garantia de acesso à justiça e a arbitragem, pois, na verdade, a via arbitral é uma das formas de concretização do acesso à justiça. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de entender, consoante consta do voto do Ministro Luiz Fux, que "a adoção da via arbitral, por meio de cláusula compromissória, não viola o princípio da inafastabilidade de lesão ou ameaça de direito pelo Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), mas, ao contrário, o realiza, porquanto opção para a solução de controvérsias, adotada livremente pelas partes, em conflitos que versem acerca de direitos disponíveis (STJ, Corte, SEC nº 854/EX, Min. Sidnei Beneti, j. em 16/10/2013, *DJ* de 7/11/2013)" (FICHTNER, 2018, p. 155).

[18] E sem menção à expressão "Poder Judiciário" utilizada no inciso XXXV do art. 5º da CF/88.

[19] Como a do artigo 334 do Código de Processo Civil, que, a partir do modelo multiportas, impõe a realização obrigatória, em regra, de audiência de conciliação ou de mediação, no procedimento comum, antes mesmo da apresentação de resposta pelo réu.

[20] Resolução nº 125 de 29/11/2010, que "dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências".

[21] Vide, a respeito, WATANABE, 2017, p. 5-6.

Daí porque o artigo 1º daquela Resolução expressa que todos os jurisdicionados têm direito "à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade", incumbindo aos órgãos judiciários oferecer "outros mecanismos de solução de controvérsias, em especial dos chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação.

De fato, a preocupação com a legitimidade do provimento, indissociável da participação popular – Muller (2019, p. 7), por exemplo, parte da ideia de um círculo de legitimidade segundo o qual o povo elabora as normas, por seus representantes, e deve ser julgado por essas mesmas normas –, o que, no processo, é garantido especialmente pelo princípio do contraditório substancial,[22] pode ser amplificada para a legitimidade do método de solução de conflito, facultando-se ao litigante a escolha e construção, também, daquele que é mais adequado para o caso em concreto.[23]

Conclui-se, do até aqui exposto, que: a) o princípio constitucional do acesso à justiça desborda da ideia de mero acesso à jurisdição, açambarcando, também, todo e qualquer método que seja mais adequado à solução de um conflito considerado em seus caracteres próprios;[24] b) o nosso sistema processual adotou o modelo multiportas, explícito na codificação processual civil, mas também subsumido das previsões da Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça; e c) a solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade é um direito do jurisdicionado, sendo dever dos órgãos judiciários oferecê-los e garanti-los.

3 Sistema multiportas e microssistema de métodos adequados de solução de conflitos

A concepção de acesso à justiça integrada a uma visão holística dos métodos adequados de solução de conflitos – conquanto sem a pretensão de tratá-los como panaceia de todos os males – é uma necessidade premente.

Cappelletti e Garth (1988, p. 67) já alertavam que um dos obstáculos do acesso à justiça é o processual, dado que, em certas causas, o tradicional processo litigioso é inadequado, incentivando a

[22] Esclarece Nunes (2013, p. 66-67), com supedâneo em Cattoni de Oliveira, que "o que garante a legitimidade das decisões são antes direitos e garantias fundamentais, de caráter processual, atribuídas às partes […] além da necessidade racional de fundamentação das decisões. Ainda que o Direito se refira à coletividade como um todo, nos discursos de aplicação, essa necessidade de legitimidade afeta diretamente aqueles que sofrerão os efeitos do provimento jurisdictional".

[23] Sobre a democratização do acesso à justiça, destaca Sousa Santos: "A democratização da administração da justiça é uma dimensão fundamental da democratização da vida social, econômica e política. Esta democratização tem duas vertentes. A primeira diz respeito à constituição interna do processo e inclui uma série de orientações tais como: o maior envolvimento e participação dos cidadãos, individualmente ou em grupos organizados, na administração da justiça; a simplificação dos actos processuais e o incentivo à conciliação das partes; o aumento dos poderes do juiz; a ampliação dos conceitos de legitimidade das partes e do interesse em agir. A segunda vertente diz respeito à democratização do Acesso à Justiça. É necessário criar um Serviço Nacional de Justiça, um sistema de serviços jurídico-sociais, geridos pelo Estado e pelas autarquias locais com a colaboração das organizações profissionais e sociais, que garanta a igualdade do Acesso à Justiça das partes das diferentes classes ou estratos sociais. Este serviço não deve ser limitar a eliminar os obstáculos econômicos ao consumo da justiça por parte dos grupos sociais e culturais, esclarecendo os cidadãos sobre os seus direitos , sobretudo os de recente aquisição, através de consultas individuais e coletivas e através de acções educativas nos meios de comunicação, nos locais de trabalho, nas escolas, etc." (2003, p. 177).

[24] Em sentido similar, Mancuso (2020, p. 83): "O acesso à justiça deve, assim, desvestir-se dos excessos que o têm feito operar como um perigoso 'convite à demanda'para, realisticamente, reduzir-se a uma cláusula de reserva, a uma oferta residual, operante num renovado ambiente judiciário, plasmado sob duas premissas: (i) os conflitos – inter ou plurissubjetivos – constituem um mal em si mesmos, nisso que acirram a litigiosidade, esgarçam o tecido social, fomentam a cultura demandista e, ao final, engendarm os males de um superdimensionamento do Judiciário; (ii) tais conflitos devem ter solução justa, num bom equilíbrio entre custo e benefício, e serem dirimidos em tempo razoável, mas não necessariamente pela via judicial, senão que também – e em certos casos até preferivelmente – por meio dos equivalentes jurisdicionais, tais as formas alternativas de solução de conflitos, nas várias modalidades auto e heterocompositivas."

busca de reais alternativas aos juízos e aos procedimentos usuais, notadamente os meios adequados de solução de conflitos (*Alternative Dispute Resolution*, ou "ADR").

Assim como nos Estados Unidos, a ampla possibilidade de acesso ao Judiciário, no Brasil, ainda que precarizada e não raro sem a estrita observância do devido processo legal – especialmente em relação a um dos princípios dele derivados, qual seja o de duração razoável do processo -, revelou-se um problema, gerando um passivo de ações em curso na casa de dezenas de milhões.[25] [26]

Daí porque, também aqui, com cada vez mais frequência, percebe-se a defesa da utilização de serviços voltados ao tratamento adequado das controvérsias, em relação de complementariedade (e não de subsidiariedade) com a Jurisdição.[27]

Para a devida integração do princípio do acesso à justiça e os métodos adequados de solução de conflitos, deve se fazer uso da proposta do então professor emérito de Harvard, Frank Sander, que, em 1976, proferiu palestra na Suécia, *Pound Conference*, na qual destacava a incapacidade dos Tribunais de resolverem litígios familiares – a ideia de que o Judiciário poderia talvez não ser a melhor forma de resolução de alguns conflitos estava lançada. (NOGUEIRA, 2018, p. 34)

A hipótese por detrás do conceito das múltiplas portas é a de se demonstrar que existem diversas possibilidades para que um conflito seja dirimido e que o Judiciário não é a única delas, tampouco deve ser a primeira. Segundo Frank Sander:

> A ideia inicial é examinar as diferentes formas de resolução de conflitos: mediação, arbitragem, negociação e 'med-arb' (combinação de mediação e arbitragem). Procurei observar cada um dos diferentes processos, para ver se poderíamos encontrar algum tipo de taxonomia para aplicar aos conflitos, e que portas seriam adequadas a quais conflitos.[28]

Significa dizer que, a partir de uma preocupação com o grande número de demandas submetidas ao Judiciário norte-americano – como ocorre amiúde no Brasil -, o Professor Sander sugere a exploração de outros métodos de solução de litígios, a partir do exame de cada um dos objetos litigiosos e daquele melhor, em potencial, para dirimi-los.

---

[25] Mais exatamente, 77,1 milhões de ações, vide ultimo relatório CNJ, de 2020, *Justiça em Números*, sumário executivo disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf. Acesso em: 25 maio 2021.

[26] "Por impressionantes que possam ser os registrados noutros países, é nos Estados Unidos que ADR se tomou o núcleo dos desenvolvimentos mais sensacionais. O atual diretor da American Bar Foundation, Professor Bryant Garth, agudamente observou que, diversamente de quanto ocorre em alguns países europeus, o acesso à Justiça não é visto ali como um 'direito social', mas antes como um 'problema social', do qual uma solução consiste em retirar dos tribunais boa quantidade de litígios. ADR adquiriu tamanha importância nos Estados Unidos que passou a ser objeto de cursos básicos em Faculdades de Direito." (CAPPELLETTI , 2014, p. 414).

[27] O que gerou a evolução da denominação "meios **alternativos** de solução de conflitos" para "meios **adequado**s de solução de conflitos" para parte expressiva da doutrina. Sobre o tema, destaca Dinamarco (2020, p. 37) que "a percepção da existência de uma tutela adequada a cada tipo de conflito levou parte da doutrina brasileira a ver de um modo diferente a arbitragem, a mediação e a conciliação, que, de meios sucedâneos, equivalentes ou meramente alternativos à jurisdição estatal, teriam ascendido à estatura de instrumentos mais adequados de solução de certos conflitos (mais adequados que a jurisdição estatal). Propõem que a garantia constitucional de acesso à justiça [...] seja vista como compreensiva da justiça arbitral e também da conciliativa, todas elas incluídas no amplo quadro da política judiciária".

[28] Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. *In*: ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). *Tribunal multiportas*: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 25-38, transcrito por NOGUEIRA, Gustavo Santana, 2018.

Tal ideia de justiça multiportas foi adotada pela nossa codificação processual civil, conquanto que de forma incipiente. Destacam Hermes Zaneti Júnior e Trícia Navarro Xavier Cabral (2017, p. 5-6) que esse novo modelo "é a expressão de uma nova arquitetura para a tutela dos direitos", baseada na existência de "muitas alternativas de acesso, diversas portas, diversas justiças, para uma só finalidade", que é a busca pelo meio adequado para resolver os conflitos intersubjetivos.

É importante destacar, nessa ordem de ideias, que nenhum método,[29] e aqui se inclui a jurisdição estatal, é, *de per si*, superior ou inferior aos outros, devendo ser indagado, a partir de certa taxionomia,[30] qual é o mais **adequado**[31] para cada caso em concreto.[32]

De uma perspectiva de um modelo de processo democrático, qualquer método de solução de conflitos, desde que adequado àquela hipótese fática, pode ser utilizado organicamente com a jurisdição, mesmo que o processo esteja já pendente – especialmente quando se detecta a possibilidade de manejo da técnica adequada já na primeira audiência (ou mesmo antes dela), o que no procedimento comum da cognição civil geralmete equivale à hipótese do artigo 334 do Código de Processo Civil.

Se o acesso à justiça é indissociável dos métodos adequados de solução de conflitos, há de se considerer a existência de um microssistema[33] de tais métodos atuando na cognição civil brasileira,[34] permitindo, por exemplo, que se oferte mediação no procedimento especial dos Juizados Especiais

[29] Os mais tradicionais no Brasil são conciliação, mediação, arbitragem e negociação. Mas também existem outros pouco explorados, tais como facilitação (*facilitation*); *fact-finding; mini trial*; círculos de diálogo de paz; convenção de procedimento participativo francesa; *mediation-arbitration* (*med arb*); *baseball arbitration*; sessão de mediação inicial requerida (especialmente na Itália); *summary jury trials*; *early neutral evaluation* e *neutral expert fact-findingsem*, sem se olvidar da possibilidade de uso, na maioria delas, de um sistema de resolução de conflitos *on-line* (ODR) (conforme FIÚZA, 2001, p. 97-98; ASSIS, 2019, p. 406-413 e FRANCO, 2021, p. 455-461). O comitê de resolução de disputas (*dispute board*), embora ainda não tão utilizado quanto os quatro principais métodos adotados no país, já ganha espaço inclusive no direito positivo nacional, como é exemplo o artigo 151 da nova Lei de Licitações (nº 14.133/21). Na seara penal, também ganha cada vez mais destaque a Justiça Restaurativa.

[30] Os critérios sugeridos pelo Prof. Frank Sander envolvem: a) a natureza do conflito; b) o relacionamento entre as partes (a técnica deve variar a depender da relação entre os litigantes, especialmente se de continuidade, ou não); c) o valor da disputa; d) os custos da resolução da disputa e e) o tempo médio de duração do método.

[31] A propósito da solução adequada de conflitos, Kazuo Watanabe, há muito, defendia que "o preceito constitucional que assegura o acesso à justiça trazia implicitamente o princípio da adequação; não se assegura apenas o acesso à Justiça, mas se assegura o acesso para obter uma solução adequada aos conflitos, solução tempestiva, que esteja bem adequada ao tipo de conflito que está sendo levado ao Judiciário" (2003, p. 44).

[32] De forma elucidativa, Carlos Alberto Carmona explica essa ideia: "Hoje soa claro que, para uma questão de mudança de guarda de filho, o meio mais adequado (sempre em linha de princípio, como é evidente) seria a mediação, que facilitaria o diálogo (normalmente difícil) entre pais separados, em prol dos interesses do filho; uma pendenga que envolva sócios oriundos de uma mesma família também pode ser mais bem dirimida com a intervenção de um mediador, que propicie o diálogo entre os sócios (na verdade, diálogo entre parentes!) para propiciar a sobrevivência do bem comum (a sociedade). Já uma disputa entre empresas possivelmente será mais bem solucionada se entrar em cena um conciliador, que funcione como verdadeira 'usina de ideias', apresentando parâmetros para diminuir perdas ou riscos por conta de alegados inadimplementos contratuais. De outra banda, já se sabe que levar ao Poder Judiciário uma controvérsia de caráter comercial, com seus naturais ingredientes de complexidade, pode não ser o melhor caminho para uma solução eficaz (e verdadeiramente pacificadora) da contenda: a arbitragem pode, então, ser uma alternativa adequada para tais causas do comércio, nacional ou internacional, graças à possibilidade de nomeação de julgador privado especializado, que resolverá com rapidez e sigilo questões técnicas e muitas vezes delicadas" (CARMONA, 2011, p. 200).

[33] Sobre os métodos autocompositivos de solução adequada de conflitos, destaca Grinover que "[…] pode-se falar hoje de um minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos, formado pela Resolução nº 125 do CNJ, pelo CPC e pela Lei de Mediação, naquilo em que não conflitarem" (*in* Si, B./.L./. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL . Grupo GEN, 2015, p. 1). A hipótese desenvolvida no texto, a patir da hodierna interpretação do princípio do acesso à justiça, vai além da proposta da Prof.ª Grinover, pois se defende um microssistema de todos os métodos de solução de conflitos, incluindo os heterocompositivos, bem como os inusuais, além do que se sustenta que são todos eles intercambiáveis, a depender da taxionomia a ser aplicada no caso concreto.

[34] Fala-se em cognição como limite, não absoluto, porquanto, na execução, já se pressupõe existência de título executivo e menor espaço para utilização de métodos adequados de solução de conflitos. Todavia, nada impede o uso de tais métodos também no *iter* procedimental executivo, sempre que de interesse dos litigantes.

Cíveis; arbitragem no procedimento comum; negociação no procedimento falimentar (etc.); sempre tendo como limite o devido processo legal e a vontade das partes.

Em outros termos, todos os métodos de solução de conflitos, incluindo a (mas não se esgotando na) jurisdição estatal, devem estar disponíveis às partes litigantes, como derivação de seu direito de acesso à justiça e autorregramento da vontade, idealmente examinados sob perspectiva taxionômica e científica em cotejo com o caso concreto, sempre com escopo de uma tutela adequada.[35]

Se, por exemplo, ao longo do procedimento especial dos Juizados Especiais Cíveis, na audiência inicial, constatar-se, a partir da taxionomia, que o método mais indicado para a solução do litígio é a mediação, não deve haver qualquer empeço à sua utilização, muito embora a Lei 9.099/95 somente faça referência à conciliação como método autocompositivo (vide artigos 21 e seguintes).[36]

O mesmo raciocínio se aplicaria se o método ideal, pelo menos potencialmente, fosse o comitê de resolução de disputas; o *med arb*; a negociação; a arbitragem (nesse caso, o artigo 24 da Lei 9.099/95 já inclui a opção, ainda que seja necessária interpretação atualizada à Lei 9.307/96, que lhe é posterior), ou qualquer outro apto a fornecer o acesso à ordem jurídica justa, com tutela adequada.

No procedimento cognitivo civil comum, é poder dever do juiz promover a autocomposição a qualquer tempo (inciso V do art. 139 CPC); sendo dever do Estado promover a solução consensual dos conflitos (§ 2º do art. 3º CPC), segundo a dicção do texto legal.

Mas e se o caso concreto tiver a indicação de método heterocompositivo, notadamente a arbitragem, para ser dirimido? Deveria ser retringida a possibilidade de sua solução adequada somente em razão da timidez do texto normativo, em descompasso com a principiologia constitcional?

Evidentemente, a resposta é negativa.

A norma extraída daqueles dispositivos do CPC, portanto, sob a égide do princípio do acesso à justiça, é a de que é poder dever do juiz - e dever do Estado - garantir e promover a solução adequada do conflito mediante a utilização de qualquer dos métodos de solução de conflitos, desde que mais indicado ao caso e acordado entre as partes (não se admite compulsoriedade da opção, sob pena de ofensa, aí sim, ao art. 5º, inciso XXXV, da CF/88), a todo momento.

Tais conclusões se aplicam também a qualquer procedimento civil, não havendo sentido, lógico ou jurídico, em se limitar a adoção a um único método discriminado no texto legal, se frequentemente não será ele o mais indicado para solucionar adequadamente o conflito.

[35] Idealmente, esse sistema multiportas deve se estabelecer em momento pré-processual, prevenindo a judicialização de conflitos e permitindo à Jurisdição Estatal assumir seu papel constitucional indispensável. Porém, dada a taxa de congestionamento atual do Poder Judiciário, e a baixa (proporcionalmente) adesão aos diversos métodos adequados de solução de conflitos no Brasil, faz-se necessária a abertura de portas outras de solução de conflitos também endoprocessualmente. Aqui, já se está diante de tentativa de desjudicialização, que também é intentada pela Meta 09 do Conselho Nacional de Justiça, elaborada à luz da Agenda 2030 da ONU.

[36] Nesse caso, conforme a hermenêutica sugerida, deveria ser observado o art. 21 da Lei 9.099/95 da seguinte forma: "Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá às partes presentes sobre as vantagens da **mediação**, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei."

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que todos os métodos adequados de solução de conflitos são intercambiáveis entre si, fungíveis, e o que irá definir a sua adoção, ou não, em determinado litígio, são as suas peculiaridades, como possibilidade de acordo; complexidade; tempo médio necessário para solução; relação entre as partes; custo, *etc.*, e não o recorte legislativo gramatical do texto infraconstitucional.

Negar tal possibilidade aos litigantes equivale a negar-lhes acesso à ordem jurídica justa, *i.e.*, acesso à justiça em sua concepção mais ampla e democrática.

4 Arbitragem acadêmica

Sob as premissas teóricas acima apresentadas, notadamente de acesso à ordem jurídica justa e de sistema multiportas, bem como com o desiderato de desjudicialização de conflitos, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o Centro Universitário UNA – parte do Grupo Ânima de ensino -, celebraram convênio pioneiro no Brasil (Termo de Cooperação nº 140/2021, de 10 de junho de 2021) para o desenvolvimento piloto do Programa Arbitragem Acadêmica.

Trata-se de programa iniciado no primeiro semestre do ano de 2020 com capacitação de discentes selecionados do curso de direito,[37] coordenado pelo autor do artigo[38] e pela Prof.ª Camila Pereira Linhares,[39] cujo escopo principal é o de ampliar e democratizar a utilização do procedimento arbitral em causas de baixa complexidade e sem (ou pouca) necessidade de dilação probatória, gratuitamente.

Mediante um procedimento arbitral simplificado, um colegiado formado por dois discentes (capacitados) e um docente com experiência na área de resolução de conflitos irá atuar no processamento e julgamento daquelas causas, originalmente distribuídas perante o Poder Judiciário.

Em audiência especialmente designada, ou mesmo após tentativa ordinária de autocomposição, quando a arbitragem mostrar-se adequada à solução da controvérsia (a partir da taxionomia acima

[37] Atualmente está sendo ultimado o programa da terceira turma de alunos. Além da capacitação estrita, foram realizadas diversas *lives* e eventos abertos ao público nacional, com participação de diversos interessados das mais variadas formações (como psicologia, serviço social, administração de empresas, direito [advogados, defensores públicos, juízes de outros Estados], etc.), em um total de 1.797 pessoas.

[38] Após 16 anos de serviço público como assessor judiciário no próprio TJMG, cumulados com docência em ensino superior – tanto graduação, quanto pós-graduação -, e real angústia com o volume de processos que assomam ao Judiciário, a arbitragem acadêmica começou a ser idealizada pelo autor em meados de 2019 (a quem logo se somou a parceira de projeto e também coordenadora Camila Pereira Linhares), como mecanismo de união de esforços em diversas esferas (especialmente da Academia; de discentes de curso superior; e do Poder Judiciário) em prol de um uso mais abrangente dos métodos adequados de solução de conflitos, sem descurar da legitimidade do provimento final, potencialização do acesso à ordem jurídica justa. Atualmente, a hipótese desenvolvida no artigo faz parte do projeto de tese de doutoramento do autor.

[39] Camila Pereira Linhares atua com os meios adequados de solução de conflitos há mais de 15 anos. Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia. MBA em Gestão de Negócios. Superintendente do Conima (Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem) no Estado de Minas Gerais (2014 até a presente data). Experiência como coarbitra e Presidente do Tribunal Arbitral em instituições nacionais. Capacitada para atuar em *Dispute Resolution Board* – DRB Fondoution. Capacidada em Negociação de Harward – CMI Interser. Capacitada em Supervisão de conflitos circulares e Justiça Restaurativa – por Kay Pranis. Professora universitária há mais de 10 anos e Coordenadora de Cursos de aperfeiçoamento em Meios Adequados de Solução de Conflitos em âmbito nacional, como Advocacia Geral da União, Defensoria Pública de Minas Gerais, Umimed, dentre outras. Experiência em Gestão de Instituição de Mediação e Arbitragem no âmbito privado (Secretaria Geral Caminas – 2006-2013) e público (Diretora Executiva da Câmara de Mediação e Arbitragem do Conselho Regional de Engenharia - 2013-2017). Palestrante e Consultora em Arbitragem e métodos consensuais com trabalhos realizados nos seguintes Estados: Pernambuco, Brasília, Espírito Santo, Minas Gerais, Porto Alegre, Salvador, São Paulo e Rio de Janeiro. Coordenadora NUSC – Núcleo UNA Solução de Conflitos. Autora. Membro das Comissões de Arbitragem da OAB/MG (entre 2010-2016). Diretora Jurídica Adjunta de Solução Extrajudiciais de Conflitos da CMI (Câmara do Mercado Imobiliário de MG. 2012- 2014).

descrita), não havendo acordo, será ofertada a possibilidade de solução arbitral, com informação e transparência sobre as repercussões legais de tal opção.

Celebrado o compromisso arbitral judicial (art. 9º, § 1º, da L.A.) e homologado pelo juízo estatal – em sentença terminativa (art. 485, VII, CPC) -, a lide será encaminhada para solução arbitral.

Nos termos do convênio celebrado e do regulamento próprio do Programa Arbitragem Acadêmica, as partes sempre deverão estar acompanhadas de advogado[40] – tanto na audiência judicial, quanto ao longo de todo o procedimento arbitral –; a arbitragem será sempre de direito; será preferencialmente pública; deverá observar a principiologia processual fundamental, com destaque para os princípios da boa-fé objetiva, cooperação,[41] contraditório substancial[42] e fundamentação qualificada;[43] e será respeitado o sistema de precedents.[44]

Parte-se de um modelo de procedimento arbitral democrático que deve se preocupar, essencialmente, com a legitimidade do provimento,[45] inserido necessariamente, portanto, dentro das balizas constitucionais.

Para testificação do programa, foi definido que serão desjudicializadas 30 causas, 15 oriundas da 33ª Vara Cível da Comarca de Belo HorizonteMG Especiais Cíveis, com prazo para prolação de sentença arbitral de seis meses após a celebração do Termo de Arbitragem.[46]

Tal iniciativa insere-se em um movimento que propõe uma nova cultura no tratamento aos conflitos, que passa por uma política judiciária nacional de tutela adequada dos conflitos[47] – especialmente ilustrada pela Res. 125/10 CNJ; Lei 13.105/15 (CPC); 13.129/15 (que altera a LA) e 13.140/15 (Lei da Mediação) – e por uma nova abordagem do tema nas Instituições de Ensino Superior, como deixam claro as recentes normativas do Ministério da Educação sobre os currículos dos cursos superiores e sobre a ampliação do uso de projetos de extensão na formação dicente.[48]

De fato, se temos mais mil e oitocentas instituições de ensino superior jurídico no país; se temos mais de um milhão de discentes cursando direito atualmente; se toda instituição de ensino jurídico tem o dever de constituir núcleo de prática jurídica em atendimento à comunidade; se há neces-

[40] Cf. SOARES, 2004.

[41] Cf. MITIDIERO, 2019.

[42] Cf. THEODORO JR.; NUNES, 2009.

[43] Cf. TARUFFO, 2015 e SCHMITZ, 2016.

[44] Cf. NUNES; PEDRON; HORTA, 2017.

[45] Cf. PEDRON, 2016, 17-36.

[46] Serão emitidos relatórios mensais sobre a evolução do Programa. Ademais, entre seus escopos está o de "incentivar pesquisas científicas sobre o projeto objeto do presente termo, que podem se desdobrar em trabalhos de conclusão de curso, artigos científicos para publicação em revistas e periódicos, livros, projetos de pesquisa e seu desenvolvimento."

[47] Cf. CABRAL, 2018, p. 848-851.

[48] Constitui diretriz do Ministério da Educação o incentivo à atividades de caráter prático-profissional e a ênfase na resolução de problemas, a serem considerados no projeto pedagógico do curso, de modo transversal, em todas as perspectivas formativas (parágrafo 1º, art. 3º, da RES. no 5, de 17 de dezembro de 2018, do Ministério da Educação)

sidade de ampliação dos estudos e da prática de métodos adequados de resolução de disputas, notadamente em razão das disposições da Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça e de recentes resoluções do Ministério da Educação; se aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do novo Código de Processo Civil, combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença estatal, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão (redação dada pela Emenda nº 2/16 ao par. único, art, 1º, da Res. 125/10 do CNJ); é possível concluir que a Academia, em conjunto com o Poder Judiciário, tem o dever de pesquisar e estimular a adoção de métodos adequados de solução de conflitos, proporcionando uma mudança na cultura do litígio, em esforço integrado que envolve, também, o escopo de desjudicialização (consoante proposto na terceira onda renovatória defendida por Garth e Cappelletti, supra, e previsto na meta nº 9 do Conselho Nacional de Justiça).

Essa é a justificativa mais ampla e dialógica do Programa Arbitragem Acadêmica.

5 Considerações finais

A cultura da solução de conflitos adjudicada (quase que) unicamente por sentença estatal deve ser questionada.

No atual cenário brasileiro, de hiperjudicialização e de alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário (a despeito de sua ótima produtividade média, segundo dados do CNJ), urge refletirmos sobre a ampliação da adoção de outros métodos de solução de conflitos, no mais das vezes utilizados com sucesso em boa parte do mundo, em paralelo à jurisdição.

O princípio do acesso à justiça, em seu viés mais moderno e democrático (já que deve contemplar a escolha do jurisdicionado também em relação ao método de resolução do litígio), para além de legitimar o uso de tradicionais métodos autocompositivos, *in latere* permite o uso de qualquer meio adequado para a solução do conflito, identificado pelo magistrado ou por servidor capacitado ao longo do *iter* procedimental, idealmente *in limine* – ou na audiência inicial.

Tal dimensão do princípio constitucional do acesso à justiça (*i.e.*, acesso à ordem jurídica justa) também permite a concepção de que há um microssistema envolvendo, entre outros, o artigo 3º e seus parágrafos, bem como os artigos 139, V, e 334, todos da codificação processual civil; o artigo 24 da Lei 9.099/95, que incentiva a utilização da arbitragem; a Lei de Mediação (nº 13.140/15); o artigo 151 da nova Lei de Licitações (nº 14.133/21), que estimula o uso não somente dos métodos tradicionais, mas também do Comitê de Resolução de Disputas; e a Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, tornando todos esses métodos, em todos os procedimentos jurisdicionais civis, fungíveis entre si.

Significa dizer, por exemplo, que, em uma audiência inicial (do procedimento dos Juizados Especiais; ou a de mediação/conciliação do procedimento comum da Lei nº 13.105/15, CPC), se infrutífera a tentativa de composição, que pode se dar por qualquer das técnicas disponíveis para tanto

– mediação, conciliação ou negociação, destacadamente – pode ser oferecida a arbitragem como método a ser usado para dirimir o litígio, desde que mais adequada para aquele específico conflito.

Conquanto seja igualmente defensável a existência de outras portas implícitas nos procedimentos jurisdicionais, a primeira porta escolhida para ser ampliada foi a da arbitragem por também se constituir como método heterocompositivo, e a que melhor se presta (já que se supõe que as tentativas de autocomposição anteriores foram infrutíferas), em um primeiro momento, à tentativa de desjudicialização.

De fato, a hipótese desenvolvida no texto é ainda mais específica, pois propõe a adoção de um modelo de arbitragem, que se denominou de Arbitragem Acadêmica, no qual o método seria desenvolvido a partir de pesquisas e práticas extensionistas ofertadas pela Academia, *i.e.*, pelas instituições de ensino superior de direito, em consonância com recentes diretrizes do Ministério da Educação e do Conselho Nacional de Justiça.

Para além de oportunizar solução em prazo razoável a partir de ampla (com)participação dos sujeitos processuais, tal modelo exige a observância de um padrão processual democrático, no qual a presença do advogado é indispensável; em que o contraditório pleno, como garantia de influência e de não surpresa, deve ser rigorosamente observado; e em que todos os argumentos apresentados pelas partes, de fato ou de direito, desde que controvertidos, serão objeto de julgamento.

Privilegia-se, desse forma, a boa-fé e ética de todos os sujeitos processuais, em ambiente policêntrico, na construção de um provimento final legítimo.

Sobre tais bases, a celebração pioneira do Termo de Cooperação nº 140/2021 entre o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o Centro Universitário UNA, do Grupo Ânima de Ensino (que atualmente conta com mais de 30.000 alunos somente nos cursos de direito espraiados nas diversas regiões do Brasil), é alvissareira.

Trata-se de proposta inédita com potencial de contribuir sobremaneira para a solução adequada de conflitos e para a mudança de perspectiva de seu tratamento, a partir de pesquisa e extensão desenvolvidas nas múltiplas instituições de ensino (jurídico) superior do país.

Referências

ASSIS, Carolina Azevedo. A justiça multiportas e os meios adequados de solução de controvérsias: além do óbvio. São Paulo, *Revista de Processo*, v. 44, n. 297, p. 399-417, nov. 2019.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania*: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ÁVILA, Henrique. Gestão judicial e solução adequada de conflitos: um diálogo necessário. *In*: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça multiportas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 843-853.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. São Paulo, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 11, n. 41, p. 281-302, abr./jun. 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. A Arbitragem como meio adequado de resolução de litígios. *In*: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (Coord.). *Conciliação e mediação*: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte, *Revista de Direito Comparado,* v. 3 (1999), maio 1999, semestral, Mandamentos, 1998.

COUTO, Mônica Bonetti. Desjudicialização e novo Código de Processo Civil: análise à luz das técnicas inseridas no sistema processual brasileiro. São Paulo, *Revista de Processo*, v. 42, n. 271, p. 405-425, set. 2017.

DENTI, Vittorio. I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative. *Rivista di Diritto Processuale*, 1980.

DINAMARCO, Cândido Rangel *et al*. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel *et al*. *Teoria Geral do Processo*. 32. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020.

FICHTNER, José Antônio *et al*. *Teoria Geral da Arbitragem*. São Paulo: Grupo GEN, 2018.

FIÚZA, César Augusto de Castro. Formas alternativas de solução de conflitos. *In*: FIÚZA César; SÁ, Maria; DIAS, Ronaldo. *Temas atuais de direito procesual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 73-100.

FRANCO, Marcelo Veiga. Os principais métodos adequados de solução de conflitos utilizados nos Estados Unidos da América. São Paulo, *Revista de Processo*, v. 46, n. 314, p. 429- 461, abr. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. Brasília: Senado Federal, *Revista de Informação Legislativa*, n. 97, ano 25, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Seoul conference 2014 Constitution and proceedings - Effective Access to Justice: the right to Access to Justice and Public Responsibilities. São Paulo, *Revista de Processo*, v. 40, n. 250, p. 17-31, dez. 2015.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução: Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. Belo Horizonte, *Cadernos da Escola do Legislativo*, n. 3, p. 107-121, jan./jun. 1995.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: editor JusPodivm, 2020.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil:* pressupostos sociais, lógicos e éticos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como conflito concreto do Direito Positivo. *Cadernos da Escola do Legislativo* - e-ISSN: 2595-4539, [S.l.], v. 5, n. 9, p. 7-37, nov. 2019. ISSN 2595-4539. Disponível em: https://cadernosdolegislativo.almg.gov.br/ojs/index.php/cadernos-ele/article/view/269/222. Acesso em: 23 maio 2021.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *O sistema de múltiplas portas e o acesso à justiça no Brasil:* perspectivas a partir do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil, 2018. v. 1.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. *In*: DIDIER JR., Fredie Souza (Coord.). *Teoria do processo*: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 151-173.

NUNES, Dierle José Coelho; PEDRON, Flávio Quinaud Pedron; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. São Paulo, *Revista de Processo*, v. 42, n. 263, p. 335-396, jan. 2017.

NUNES, Dierle José Coelho; TEIXEIRA, Ludmila. Por um acesso à justiça democrático: primeiros apontamentos. São Paulo, *Revista de Processo*, v. 38, n. 217, p. 75-120, mar. 2013.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito*: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Mandado de Injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o "acesso à Justiça" qualitativo no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *In*: DIDIER JR., Fredie *et al. Normas fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 17-36.

QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. *Teoria do Estado: o substrato clássico e novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Por que fundamentar, o que fundamentar, e como (não) fundamentar no CPC/15. *In*: DIDIER JR., Fredie *et al* (Coord.). *Grandes temas do Novo CPC (LGL\2015\1656)*: normas fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 411-450.

SOARES, Carlos Henrique. *O advogado e o processo constitucional*. Belo Horizonte: Decálogo, 2004.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. São Paulo, *Revista de Processo*, v. 34, n. 168, p. 107-141, fev. 2009.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesses. *In*: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça multiportas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. *In*: SÉRIE CADERNOS DO CEJ, v. 22, p. 43-50, 2003.

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Apresentação. *In*: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça multiportas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 5-6.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; SUAID, Ricardo Adelino. Acesso à justiça pelo sistema multiportas e convenções processuais no Código de Processo Civil de 2015. São Paulo, *Revista de Processo*, v. 45, n. 304, p. 365-378, jun. 2020.

Mandado de segurança - Concurso público regido pelo edital SEPLAG/SEE 07/2017 - Professor de educação básica do Estado de Minas Gerais - Preliminar de ausência de interesse de agir que se confunde com o mérito - Candidatos aprovados dentro do número de vagas ofertado pelo edital - Prazo de validade do concurso vigente - Designação de servidor durante o prazo de validade do certame - Preterição imotivada – Ocorrência - Necessidade da nomeação caracterizada - Segurança concedida

- Acerca do direito à nomeação de candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas inicialmente previsto em edital, o STF, nos autos do RE nº 598.099/MS julgado sob a sistemática da repercussão geral, firmou o entendimento de que "dentro do prazo de validade do concurso a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação."

- Quando do julgamento do RE 837.311 (Tema 784), também julgado sob a sistemática da repercussão geral, o STF reafirmou a sua jurisprudência no sentido de ser ato discricionário da Administração Pública o momento da nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas ofertadas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso capaz de demonstrar a inequívoca necessidade de nomeação durante o prazo de validade do concurso, fazendo surgir, nesses casos, o direito subjetivo à nomeação.

- Na hipótese, há prova de que os próprios impetrantes foram designados para exercício dos cargos, por meio de sucessivas contratações precárias durante a validade do concurso entre os anos de 2019 e 2022, conforme docs. de ordem 11/16 e 32/35, que informam a existência de pelo menos 2 (dois) cargos vagos durante todo esse período, além da listagem de outros servidores designados nos cargos vagos no mesmo Município, fato esse suficiente para demonstrar de modo inequívoco a imprescindibilidade da nomeação e a existência de cargos vagos idênticos aos quais os candidatos prestaram concurso e foram aprovados dentro do número de vagas ofertadas pelo edital, impondo-se, com isso, a concessão da ordem postulada.

- Segurança concedida.

Mandado de Segurança nº 1.0000.22.055411-7/000 - Comarca de Porteirinha - Impetrantes: Adeilza Santos, Gedson Pablo Mendes Santos - Impetrado: Governador do Estado de Minas Gerais - Interessado: Estado de Minas Gerais. – Relator: Des. Wander Marotta.

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, 10 de junho de 2022. - *Wander Marotta*. – Relator.

Voto

DES. WANDER MAROTTA - Examina-se mandado de segurança, impetrado por Adeilza Santos e Gedson Pablo Mendes Santos, contra ato do Exmo. Sr. Governador do Estado de Minas Gerais, objetivando obter a imediata nomeação para o cargo de Professor de Educação Básica - nível I - Grau A - Filosofia, do Município de Porteirinha, para o qual foram aprovados em 1º e 2º lugar, respectivamente, nos termos do Edital SEPLAG/SEE 07/2017.

Sustentam que foram aprovados no concurso realizado em 2017 para o cargo de Professor de Educação Básica - nível I - Grau A - Filosofia - no Município de Porteirinha, para o qual foram disponibilizadas 3 (três) vagas de ampla concorrência. Afirmam que, pelo terceiro ano consecutivo, são contratados por designação, o que não se justifica, pois o fato viola o art. 37, II, da CR. Alegam que, com as contratações temporárias feitas pelo Estado, demonstra-se estar vago o cargo, havendo necessidade da nomeação. Invocam, em apoio de sua tese, o precedente REXT 837311 e a Súmula vinculante 15, afirmando terem direito subjetivo à nomeação pretendida. Acentuam serem irregulares as contratações temporárias realizadas pelo Estado de Minas Gerais e invocam diversos precedentes em apoio de sua tese, ressaltando que os próprios impetrantes foram designados para os cargos para os quais foram aprovados, o que explicita a disponibilidade financeira, a oportunidade e a conveniência de nomear os candidatos. Acrescentam estar violado o art. 10 da Lei Estadual nº 10.254/90 e pugnam pela concessão de liminar para que se determine a imediata nomeação para o cargo. Pedem, ainda, que seja determinado à autoridade coatora que

> exiba e disponibilize os respectivos atos de designação (contratos) dos profissionais contratados a título precário para o cargo de Professor de Educação Básica - PEB - Nível I Grau A / Filosofia, para o Município de Porteirinha, nos anos de 2019 a 2022, na medida em que, como se verifica dos e-mails e documentos juntados aos autos, fora negada a disponibilização de tais documentos aos impetrantes (f. 19).

Ao final, requerem que seja concedida a ordem e se confirmem as suas nomeações. Pugnam, ainda, pela gratuidade de justiça.

Determinei a intimação dos impetrantes para comprovação do direito ao benefício da gratuidade da justiça, tendo eles optado por efetuar o preparo do *mandamus*.

Indeferi a liminar postulada e deferi o pedido para que o impetrado juntasse nos autos os respectivos atos de designação (contratos) dos profissionais contratados a título precário.

Regularmente notificada, a autoridade apontada como coatora prestou informações arguindo, preliminarmente, falta de interesse de agir dos impetrantes. No mérito, bate-se pela denegação da segurança.

Foram os autos à douta P.G.J., que emitiu parecer opinando pela denegação da ordem.

Após, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

Preliminar de ausência de interesse de agir.

O impetrado argui preliminar de ausência de interesse de agir dos autores sob o argumento de que, até que se expire o prazo de validade do concurso, o candidato tem somente expectativa de direito, nos termos da súmula 15 do STF. Assim, seria prematura a presente ação mandamental, devendo ser denegada a ordem, seja pela falta de interesse, seja pela ausência de direito líquido e certo.

Data maxima venia das razões expostas pelo impetrado, verifico que a preliminar arguida confunde-se com o próprio mérito da ação, e, assim, será apreciada.

Mérito.

Dada a sumariedade do procedimento do mandado de segurança, o direito líquido e certo deve ser comprovado documentalmente e de plano, não se admitindo outras diligências probatórias no seu procedimento especial.

A propósito, são as lições de Érico Andrade:

> Corrente tradicional de pensamento entendia o direito líquido e certo como aquele constatável, de plano, sem maiores considerações ou pesquisas. Seria uma espécie de direito evidente, que saltaria aos olhos, de modo que tenderia a não se enquadrar no conceito questões mais intricadas, de fato ou de direito. Esta posição, não obstante doutrinariamente superada, encontra até hoje reflexo em alguns precedentes jurisprudenciais, que entendem incabível a impetração de mandado de segurança diante de questões complexas, difíceis, de fato ou de direito. Sem embargo, o entendimento que prevalece hoje, na jurisprudência e na doutrina, é no sentido de que controvérsias ou 'complexidade' dos fatos e do direito não impedem a concessão de segurança, desde que os fatos estejam documentalmente comprovados e não exijam, para esclarecimentos, outras diligências probatórias.
>
> É hoje prevalente a posição no sentido de que a expressão 'direito líquido e certo' tem natureza processual e traduz direito comprovado, normalmente de plano, por prova documental pré-constituída, apresentada, via de regra, com a própria petição inicial - donde a sumariedade do procedimento do mandado de segurança - já que aplicável aqui a tradicional distribuição do ônus da prova lançada no art. 333, CPC.

> No mandado de segurança, portanto, diante da exigência de "direito líquido e certo", comprovado por prova documental, não se admitiriam as provas testemunhal e pericial, ou seja, não se admitiria a produção de outras provas que não a documental (ANDRADE, Érico. O mandado de segurança: A Busca da Verdadeira Especialidade. Proposta da releitura à luz da efetividade do processo. Lúmen Juris Ed., Rio de Janeiro: 2010, p. 375-377).

E continua o autor: "[...] há interpretação doutrinária rigorosa a respeito do direito líquido e certo e da prova documental, no sentido de que deveriam ser incontroversos para admitir a impetração do mandado de segurança" (ANDRADE, Érico. O mandado de segurança: A Busca da Verdadeira Especialidade. Proposta da releitura à luz da efetividade do processo. Lúmen Juris Ed., Rio de Janeiro: 2010, p. 379).

> [...]
>
> Em resumo, segundo a melhor doutrina, o mandado de segurança tem cabimento quando o impetrante dispuser de prova documental para comprovar suas alegações, não se admitindo outras diligências probatórias no seu procedimento especial, independentemente de o direito ser ou não 'contestado'. Se o direito, ou o fato, como pondera certa corrente, não puder ser comprovado documentalmente, mas demandar outras investigações probatórias, não cabe mandado de segurança. O acertamento nesse último caso deve ocorrer nas chamadas vias ordinárias e não no âmbito do procedimento especial do mandado de segurança. (ANDRADE, Érico. O mandado de segurança: A Busca da Verdadeira Especialidade. Proposta da releitura à luz da efetividade do processo. Lúmen Juris Ed., Rio de Janeiro: 2010, p. 379).

Nesse sentido são as lições do Ministro Carlos Mário da Silva Veloso (Do mandado de segurança e institutos afins na Constituição de 1988; *apud* Mandados de segurança e injunção - Coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira; São Paulo: Saraiva Ed., 1990, p. 81):

> [...] O conceito, portanto, de direito líquido e certo, ensina Celso Barbi, lição que é, também, de Lopes da Costa e Sálvio de Figueiredo Teixeira, é processual. "Quando acontecer um fato que der origem a um direito subjetivo, esse direito, apesar de realmente existente, só será líquido e certo se o fato for indiscutível, isto é, provado documentalmente e de forma satisfatória. Se a demonstração da existência do fato depender de outros meios de prova, o direito subjetivo surgido dele existirá, mas não será líquido e certo, para efeito de mandado de segurança. Nesse caso, sua proteção só poderá ser obtida por outra via processual (VELOSO, Carlos Mário da Silva. Do mandado de segurança e institutos afins na Constituição de 1988. Mandados de segurança e injunção. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.); São Paulo: Saraiva Ed., 1990, p. 81).

São também as lições do saudoso Prof. e Des. Ernane Fidélis dos Santos (Mandado de Segurança Individual e Coletivo, op. cit., p. 128):

> [...] direito líquido e certo é o que pode ser reconhecido apenas pela apreciação do modelo jurídico próprio com o fato nele adequado, sem necessidade de se socorrer de provas que não seja a documental, em princípio, induvidosa. Mas, veja-se bem, 'que pode' e não 'que deva' ser reconhecido, porque, como é normal a qualquer julgamento, o direito poderá

> ser negado definitivamente. Se a questão fática depender de provas, as vias ordinárias são o caminho específico (SANTOS, Ernane Fidélis dos. Mandado de segurança individual e coletivo. Mandados de segurança e injunção. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva Ed., 1990, p. 128).

Estabelecidas essas premissas, e voltando ao caso, cinge-se a controvérsia em verificar se os impetrantes possuem direito líquido e certo à nomeação no cargo efetivo de Professor de Educação Básica do quadro de pessoal da Secretaria de Estado da Educação de Minas Gerais, para o qual foram aprovados em 1º e 2º lugares, de 3 (três) vagas ofertadas, nos termos do concurso público regido pelo edital SEPLAG/SEE 07/2017.

Como sempre consignei, a contratação eventual de servidores precários para suprir necessidade momentânea do serviço público não constitui, por si só, o direito público subjetivo à nomeação em vaga efetiva de candidato aprovado dentro do número das vagas ofertadas em edital.

Nesse sentido, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Concurso público. Aprovação dentro do número de vagas. Direito subjetivo à nomeação. Concurso com prazo de validade em vigor. Provimento do candidato aprovado. Oportunidade e conveniência da administração. Contratação temporária. Ausência de comprovação de preterição. Dilação probatória vedada via mandado de segurança. - A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o candidato aprovado dentro do número de vagas ofertadas em edital de concurso público tem o direito público subjetivo à nomeação, não podendo a Administração Pública dispor desse direito. No entanto, o momento em que, dentro do prazo de validade do certame, a nomeação ocorrerá, observa juízo de oportunidade e conveniência. Nesse sentido: RMS nº 53.898/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 13.06.2017, *DJe* de 21.06.2017; e RMS nº 49.942/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 1º.03.2016, *DJe* de 19.05.2016. - Ainda, de acordo com a jurisprudência desta Corte, entende-se que a presença de temporários nos quadros estatais não pode ser tida, só por si, como caracterizadora da preterição dos candidatos aprovados para provimento de cargos efetivos. Nesse sentido: AgInt no RMS nº 51.806/ES, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. em 21.03.2017, *DJe* de 30.03.2017; e AgInt no RMS nº 51.478/ES, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, j. em 16.03.2017, *DJe* de 24.03.2017. - No caso dos autos, apesar da alegação de contratações precárias, não foi comprovada a preterição da recorrente, fundamento do pedido de nomeação imediata, razão pela qual não há que se falar em direito líquido e certo a ser amparado neste momento. Ademais, a verificação da eventual existência de preterição da recorrente demandaria necessária dilação probatória, o que não se admite em mandado de segurança. - Agravo interno improvido (AgInt no RMS 57616/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, j. em 06.12.2018, *DJe* de 14.12.2018).

Com efeito, é certo que a existência de servidores contratados de forma precária pela Administração não gera direito subjetivo à nomeação imediata antes de expirado o prazo de validade do concurso, na ausência de prova de que tenha sido o candidato preterido na nomeação (em vaga efetiva) por candidato com classificação inferior.

Para além disso, ainda que se alegue preenchimento de vagas por remoção em prejuízo dos concursados, é sabido que as vagas provenientes da remoção de um servidor não ensejam vacância do cargo para provimento, notadamente porque não "surge" nova vaga (efetiva), ocorrendo apenas um remanejamento de servidores efetivos.

A esse respeito, já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

> Mandado de segurança. Concurso público. Direito líquido e certo. Nomeação. Ausência. Contratação precária. Classificação não alcançada pelas nomeações realizadas. Segurança denegada. - Os candidatos aprovados fora do número de vagas possuem mera expectativa de direito à nomeação que, no entanto, pode se convolar em direito líquido e certo, quando a Administração Pública demonstra a existência de vagas, mediante preterição imotivada e arbitrária dos candidatos. - A verificação da existência de vagas, por si só, não justifica a nomeação de todos os aprovados, quando a classificação do candidato impetrante não é alcançada pelas designações realizadas pela Administração Pública. - A remoção ou cessão de um servidor para outra localidade não caracteriza "vacância de cargo" para fins de provimento pelos aprovados em concurso público (TJMG - Mandado de Segurança 1.0000.18.082011-0/000, Relator: Des. Kildare Carvalho, Órgão Especial, j. em 27.03.2019, p. em 1º.04.2019).

Nesse contexto, é de se destacar, ainda, o julgado em que o Supremo Tribunal Federal, sob a sistemática da repercussão geral nos autos do RE nº 598.099/MS, assim se manifestou:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS.
>
> I.DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL.
>
> Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.
>
> II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA.
>
> O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comporta-

mento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO.

Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.

IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO.

Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito

> à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.
>
> V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (grifo nosso).

Reconheceu-se, portanto, que a Administração Pública tem liberdade para escolher o momento no qual realizará a nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas ofertadas pelo edital, desde que dentro do prazo de validade do concurso.

Quando do julgamento do RE 837.311 (Tema 784), também julgado sob a sistemática da repercussão geral, o STF reafirmou a sua jurisprudência no sentido de ser ato discricionário da Administração Pública o momento da nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas ofertadas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso capaz de demonstrar a inequívoca necessidade de nomeação durante o prazo de validade do concurso, fazendo surgir, nesses casos, o direito subjetivo à nomeação.

Confira-se, a propósito, o julgado:

> Recurso extraordinário. Constitucional e administrativo. Repercussão geral reconhecida. Tema 784 do Plenário virtual. Controvérsia sobre o direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados além do número de vagas previstas no edital de concurso público no caso de surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame. Mera expectativa de direito à nomeação. Administração pública. Situações excepcionais. *In casu*, a abertura de novo concurso público foi acompanhada da demonstração inequívoca da necessidade premente e inadiável de provimento dos cargos. Interpretação do art. 37, IV, da Constituição da República de 1988. Arbítrio. Preterição. Convolação excepcional da mera expectativa em direito subjetivo à nomeação. Princípios da eficiência, boa-fé, moralidade, impessoalidade e da proteção da confiança. Força normativa do concurso público. Interesse da sociedade. Respeito à ordem de aprovação. Acórdão recorrido em sintonia com a tese ora delimitada. Recurso extraordinário a que se nega provimento. - O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do *merit system*, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, *caput*). - O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, *DJe* de 03.10.2011. - O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade. - O Poder Judiciário não deve atuar como "Administrador Positivo", de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional. - Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as nor-

> mas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como *verbi gratia*, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários. - A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inocorrência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame. - A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. - *In casu*, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. - Recurso Extraordinário a que se nega provimento (RE 837311, Relator: Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 09.12.2015, Processo Eletrônico Repercussão Geral – Mérito, *DJe*-072, d. em15.04.2016, p. em 18.04.2016).

Na hipótese, os impetrantes foram aprovados nas duas primeiras colocações do concurso que disponibilizou 3 (três) vagas de ampla concorrência para a disciplina de Filosofia, no Município de Porteirinha-MG, conforme se vê dos docs. de ordem 08/10, ficando classificados, portanto, dentro das vagas ofertadas inicialmente, ao contrário do que alega o impetrado em evidente erro, ao afirmar que se tratam de candidatos excedentes.

Com efeito, o certame foi homologado em 30.06.2018, expirando-se em 30.06.2020. Ocorre que o Governo do Estado de Minas Gerais veio a prorrogar o seu prazo, conforme se infere da Resolução

Conjunta SEPLAG/SEE/nº 10.186, de 25.06.2020, estabelecendo a vigência do concurso até a data de 30.06.2022, *in verbis*:

> RESOLUÇÃO CONJUNTA SEPLAG/SEE/ Nº 10.186, 25 DE JUNHO DE 2020.
>
> Dispõe sobre a prorrogação da validade do concurso público para provimento de cargos das carreiras de Especialista em Educação Básica e Professor de Educação Básica do quadro de pessoal da Secretaria de Estado de Educação regido pelo Edital SEE nº 07/2017.
>
> O SECRETÁRIO DE ESTADO DE PLANEJAMENTO E GESTÃO e a SECRETÁRIADE ESTADO DE EDUCAÇÃO, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do § 1º do art. 93 da Constituição do Estado de Minas Gerais, CONSIDERANDO o disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal, no § 2º do art. 21 da Constituição Estadual, no art. 5º do Decreto nº 42.899, de 17 de setembro de 2002,no item 1.6 do Edital SEE nº 07/2017,na Resolução Conjunta SEPLAG/ SEE nº 9780/2017,no Of. Cofin nº 0585/2020,noDecretonº 47101, de 05 de dezembro de 2016, que decreta situação de calamidade financeira no âmbito do Estado, no Decreto com numeração especial 113, de 12 de março de 2020, que declara SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA em Saúde Pública no Estado em razão de surto de doença respiratória - 1.5.1.1.0 - Coronavírus, e nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e razoabilidade, RESOLVEM:
>
> Art. 1º - Fica prorrogada por mais dois anos a validade do concurso público para provimento de cargos das carreiras de Especialista em Educação Básica e Professor de Educação Básica do quadro de pessoal da Secretaria de Estado de Educação, regido pelo Edital SEE nº 07/2017, publicado em 28 de dezembro de 2017.
>
> Art. 2º - Tendo em vista a homologação do resultado final do concurso público regido pelo Edital SEE nº 07/2017 em 30 de junho de 2018, o certame permanecerá vigente até 30 de junho de 2022.
>
> Art. 3º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. Belo Horizonte, 25 de junho de 2020. Otto Alexandre Levy Reis Secretário de Estado de Planejamento e Gestão Julia Figueiredo Goytacaz Sant'Anna Secretária de Estado de Educação. (grifo nosso).

Para além disso, considerando a suspensão do prazo de validade do concurso no período de 20 de março de 2020 a 31 de dezembro de 2021, por consequência do estado de calamidade pública decretado no Estado de Minas Gerais em função da pandemia do Covid-19, de acordo com a Resolução Conjunta SEPLAG/SEE nº 10.500, de 1º de fevereiro de 2022, a nova data final da validade do concurso público regido pelo Edital SEE nº 07/2017 é 12.04.2024.

Daí se segue que o concurso objeto deste *writ* está dentro do prazo de validade, e, durante esse prazo, via de regra, e a princípio, conforme o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a Administração Pública tem discricionariedade para escolher o momento em que se dará a nomeação dos candidatos aprovados dentro das vagas.

Sob outro ângulo, não se pode olvidar que, a despeito da vigência do concurso e da reconhecida discricionariedade da Administração Pública, as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada cer-

tamente fazem emergir o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado, sendo o que ocorre no presente caso.

Embora eu já tenha me manifestado em várias outras oportunidades em casos como este, adotando o entendimento de que a contratação de eventuais servidores precários não gerava, por si só, o direito público subjetivo à nomeação em cargo efetivo, considerando as particularidades do caso e revendo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, entendo que deve ser concedida a ordem aqui postulada.

Isso porque há prova nos autos de que os próprios impetrantes foram designados para exercício dos cargos, por meio de sucessivas contratações precárias durante a validade do concurso entre os anos de 2019 e 2022, conforme docs. de ordem 11/16 e 32/35, que informam a existência de pelo menos 2 (dois) cargos vagos durante todo esse período, além da listagem de outros servidores designados nos cargos vagos no mesmo Município, fato esse suficiente para demonstrar de modo inequívoco a imprescindibilidade da nomeação e a existência de cargos vagos idênticos aos quais os candidatos prestaram concurso e foram aprovados dentro do número de vagas ofertadas pelo edital.

O que se tem aqui é que o prazo original de validade do concurso perdurou até a data de 30.06.2020, e que os impetrantes, candidatos aprovados em 1º e 2º lugares, não foram nomeados até o momento e estão sendo preteridos, embora o concurso tenha sido prorrogado, permanecendo vigente até 12.04.2024, conforme já assinalado anteriormente.

À vista disso, não é razoável conceber que candidatos aprovados em concurso público dentro do número de vagas inicialmente previstas tenham que se submeter a longo tempo de espera para serem nomeados em vagas cuja necessidade existe desde a abertura do edital do certame.

Destarte, ficando demonstrada a preterição imotivada dos impetrantes, notadamente caraterizada pelo comportamento da Administração que revela inequívoca necessidade da nomeação durante a vigência do concurso, emerge o direito subjetivo à nomeação e impõe-se, *data maxima vênia*, a concessão da ordem postulada.

Dispositivo.

Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, concedo a segurança para determinar à autoridade coatora que proceda à nomeação dos impetrantes nos respectivos cargos de Professor de Educação Básica de Filosofia, no Município de Porteirinha-MG, para os quais foram aprovados em 1º e 2º lugares, nos termos do edital de regência.

A nomeação deve fazer-se em 30 (trinta) dias, no máximo, a contar da intimação do acórdão, sob pena de multa a ser fixada em caso de descumprimento da ordem.

Sem custas. Sem honorários.

DES. GERALDO AUGUSTO - Conquanto tenha reiteradamente defendido o entendimento de que a contratação temporária pela Administração, para o exercício de cargos/funções vagos, para os

quais promovera concurso público, configure preterição arbitrária e imotivada do candidato aprovado e burla a força normativa do princípio do concurso público, que é a regra (art. 37, II, da CF), o entendimento majoritário deste colendo Órgão Especial não vinha reconhecendo a existência da referida preterição simplesmente pela contratação temporária de servidores, para o exercício das atribuições do cargo disputado: MS nº 1.0000.19.077823-3/000, Rel. Des. Wander Marotta, j. em 17.02.2020; 1.0000.19.020162-4/000, Rel. Des. Renato Dresch, j. em 13.02.2020; 1.0000.19.017659-4/000, Rel. p/ o acórdão Des. Moreira Diniz, j. em 24.01.2020; 1.0000.19.028807-6/000, Rel. p/ o acórdão Des. Moacyr Lobato, j. em 03.02.2020; 1.0000.19.039390-0/000, Rel. p/ o acórdão Des. Gilson Soares Lemes, j. em 27.01.2020; 1.000019.124762-6/000, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, j. em 18.12.2019; entre outros.

Ocorre que, atualmente, verifica-se que a jurisprudência deste colendo colegiado evoluiu para reconhecer que a contratação temporária pela Administração, para o exercício comprovado e específico de cargo vago, configura preterição arbitrária e imotivada do candidato aprovado em concurso público, como na espécie: MS 1.0000.19.148391-6/000, Rel. Des. Kildare Carvalho, *DJe* de 23.11.2021; MS 1.0000.21.085956-7/000, Rel. Des. Wander Marotta, *DJe* de 03.12.2021; MS 1.0000.21.119134-1/000, Rel. Des. Edilson Olímpio Fernandes, *DJe* de 01.10.2021, entre outros.

Atento a essa nova orientação e coerente ao posicionamento que venho adotando, acompanho o eminente Relator e também concedo a segurança.

DES. CORRÊA JUNIOR - Ponho-me de acordo com a conclusão do judicioso voto de relatoria, haja vista que, sem embargo do prazo de validade do concurso ainda se encontrar em curso, os impetrantes, que foram aprovados dentro das vagas disponibilizadas no certame - primeiro e segundo classificados, em três vagas -, demonstraram a preterição indevida, ante a contratação precária para a ocupação de dois cargos vagos (evento nº 15).

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Belizário de Lacerda, Valdez Leite Machado, Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Saldanha da Fonseca, Júlio Cezar Guttierrez, Wanderley Paiva, Sérgio André da Fonseca Xavier, Maurício Soares, Carlos Roberto de Faria, Amauri Pinto Ferreira, Antônio Carlos Cruvinel, Domingos Coelho e Elias Camilo Sobrinho.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM.

Medida cautelar - Ação direta de inconstitucionalidade - Lei nº 4.417/18, do Município de Leopoldina - Obrigação de divulgação eletrônica da lista de pacientes que aguardam por procedimentos médicos, exames e consultas - Projeto de lei de iniciativa da câmara municipal - Vício de iniciativa - Inocorrência - Matéria que não altera, cria ou modifica a estrutura de órgãos do município - Ofensa ao princípio da intimidade inverificado - *Fumus boni juris* - Ausência - Cautelar indeferida.

- Nos termos do entendimento sedimentado no âmbito do colendo Supremo Tribunal Federal, não usurpa a competência privativa do Chefe do Poder Executivo a lei de iniciativa do Poder Legislativo que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos, nem tampouco do regime jurídico dos servidores públicos.

- Não padece de vício de iniciativa e não viola o princípio da separação dos Poderes a lei municipal que impõe à Secretaria Municipal de Saúde o dever de divulgação, em meio eletrônico, da listagem de pacientes que aguardam a realização de exames e procedimentos médicos, por não se tratar de medida que, por excelência, afeta a estrutura ou atribuição do referido órgão.

- A divulgação impugnada concretiza os princípios da publicidade e da transparência, sem importar em ofensa ao princípio da intimidade, na medida em que prevê que os pacientes serão identificados tão somente pelo número do respectivo Cartão Nacional de Saúde - CNS, o que, à luz da razoabilidade, resguarda os dados íntimos do usuário.

- Medida cautelar indeferida.

Ação Direta Inconst. nº 1.0000.21.196012-5/000 - Comarca de Leopoldina - Requerente: Prefeito Municipal de Leopoldina - Requerido: Câmara Municipal de Leopoldina. – Relator: Des. Corrêa Junior.

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 indeferir a medida cautelar.

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2022. - *Corrêa Junior*. – Relator.

Voto

DES. CORRÊA JUNIOR - Trata-se de medida cautelar, pleiteada no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pelo Prefeito do Município de Leopoldina, em face da Lei Municipal nº 4.417/18, que dispõe sobre a obrigatoriedade da divulgação da lista de pacientes que aguardam por consultas com especialistas, exames e cirurgia na rede pública municipal.

Eis o teor da norma impugnada:

> Art. 1º- As listagens dos pacientes que aguardam por consultas com especialistas, exames e cirurgias na rede pública de saúde do Município de Leopoldina serão divulgadas por meio eletrônico e com acesso irrestrito no sítio eletrônico oficial da Prefeitura Municipal de Leopoldina.
>
> § 1° Para garantir o direito de privacidade dos pacientes, estes serão identificados nas listagens previstas no caput deste artigo tão-somente pelo número do Cartão Nacional de Saúde - CNS.
>
> § 2° Caberá à Secretaria Municipal de Saúde ou órgão afim, a disponibilização das listagens previstas no *caput* deste artigo, os quais deverão seguir rigorosamente a ordem de inscrição para chamada dos pacientes, salvo nos procedimentos emergenciais atestados por médico, preferencialmente da rede pública de saúde.
>
> § 3° A Secretaria Municipal de Saúde deverá informar o número de consultas, exames e cirurgias liberadas e autorizadas pelo SUS, para o devido acompanhamento dos usuários.
>
> [...]
>
> Art. 5° Fica autorizada a alteração da situação dos pacientes inscritos nas listas de espera com base no critério da gravidade do estado clínico, desde que devidamente atestado pelo médico assistente, preferencialmente da rede pública municipal de saúde. Alega o autor, em síntese: que a norma estabelece a forma de organização dos serviços da Secretaria Municipal de Saúde, que foi indicada como sendo a responsável pela elaboração e a coordenação das listas, conforme consta do art. 1°, § 1°; que o art. 66, inciso III, alínea *e*, da Constituição do Estado de Minas Gerais, aplicável aos Municípios em razão da regra de simetria, atribui a competência para a iniciativa de projetos de lei que dispõem sobre a estruturação dos órgãos públicos municipais exclusivamente ao Prefeito Municipal; que, para cumprir as determinações constantes da Lei nº 4.417/18, é preciso que a Secretaria Municipal de Saúde estabeleça estrutura própria, com a finalidade de manter atualizada a lista, de atender aos pacientes e analisar eventuais demandas por informações relativas a modificações na ordem prevista; que o cumprimento da norma não consiste na mera divulgação de uma lista de pacientes, pois, para o atendimento do que consta dos arts. 2° a 5°, da Lei nº 4.417/18, também são necessárias a disponibilização de médicos assistentes para o acompanhamento da gravidade dos casos e a análise de pedidos de preferência, alocação de servidores para unificação e a comparação de procedimentos entre os diversos prestadores de serviço do Município, manutenção de sistema de informática próprio para permitir o acesso às listas, entre outras medidas que afetam diretamente a estrutura da Secretaria Municipal de Saúde; que o art. 6º, da Lei Municipal nº 4.417/18, também

> determina que os recursos e as instalações públicas serão utilizados prioritariamente para o atendimento dos candidatos (usuários) inscritos na lista; que cabe ao Poder Executivo alocar os recursos e as instalações públicas da melhor forma possível, razão pela qual o art. 66, inciso III, alínea *e*, da CEMG, estabelece que cabe privativamente ao Governador - no caso, o Prefeito - o encaminhamento de projeto de lei destinado a estruturar as Secretarias do Poder Executivo; que a norma municipal questionada também viola o disposto nos arts. 6º e 173, da CEMG, os quais estabelecem a necessidade de independência entre os Poderes Municipais, visto que a Lei nº 4.417/18 - de iniciativa da Câmara Municipal - invadiu o espaço de competência exclusiva do Poder Executivo; que o art. 1º, § 1º, da Lei Municipal nº 4.417/2018, pode ensejar a violação à garantia ao direito à intimidade e à privacidade dos pacientes, pois, apesar do art. 1º, § 1º, estabelecer a identificação apenas pelo número do Cartão Nacional de Saúde, para a verificação se de fato houve a preterição da ordem de preferência, é necessário que o cidadão fiscalizador tenha acesso aos dados clínicos de outro, o que importa em violação à privacidade; que há meio menos oneroso para a Administração, que não será obrigada a dispender recursos na manutenção das informações na internet, e sem risco excessivo de expor a intimidade de outros pacientes.

A Mesa da Câmara Municipal de Leopoldina manifestou-se por meio do documento de ordem nº 17, aduzindo, em síntese: que o diploma normativo impugnado atende ao princípio da publicidade e se insere na definição de interesse local, pois, além de veicular matéria de competência material comum, constitui-se em instrumento de garantia dos direitos à publicidade e à transparência; que as leis que não regulam a forma ou o conteúdo da prestação de serviços públicos e tampouco dispõem sobre as atribuições dos órgãos públicos, apenas garantindo a efetividade do direito fundamental ao acesso à informação e à transparência da atividade administrativa, não ofendem a iniciativa reservada ao Chefe do Executivo; que o mero fato de a norma se destinar ao Poder Executivo não contamina a proposta com o vício formal de inconstitucionalidade, visto que as hipóteses de reserva de iniciativa não admitem interpretação ampliativa; que a lei em apreço não ofende o direito à vida privada e à intimidade, pois a lista de espera não torna públicos dados confidenciais dos pacientes, mas apenas possibilita que o cidadão acompanhe em que posição se encontra na fila para o atendimento médico de que precisa, o que garante o seu direito à informação e à saúde; que os cargos e funções constantes do diploma normativo impugnado já constavam da estrutura organizacional da Secretaria de Saúde Municipal antes mesmo da edição da Lei Municipal nº 4.417/18.

Instada, a digna Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo indeferimento da medida cautelar.

O vício de representação apontado pelo ilustrado *parquet* restou sanado na procuração de ordem nº 28.

É o breve relatório.

O deferimento da medida cautelar no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade submete-se à demonstração do *fumus boni iuris*, concernente na plausibilidade do direito alegado, bem como do *periculum in mora*, consubstanciado no perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, nos termos do art. 300, do CPC.

Com a devida vênia à judiciosa argumentação tecida pelo digno Chefe do Poder Executivo do Município de Leopoldina, não vislumbro, nesta análise perfunctória, mas não menos minuciosa, a inconstitucionalidade da Lei nº 4.417/18, de iniciativa do Poder Legiferante leopoldinense, que assim preconiza, *in verbis*:

> Art. 1º As listagens dos pacientes que aguardam por consultas com especialistas, exames e cirurgias na rede pública de saúde do Município de Leopoldina serão divulgadas por meio eletrônico e com acesso irrestrito no sítio eletrônico oficial da Prefeitura Municipal de Leopoldina.
>
> §1º Para garantir o direito de privacidade dos pacientes, estes serão identificados nas listagens previstas no caput deste artigo tão-somente pelo número do Cartão Nacional de Saúde - CNS.
>
> §2º Caberá à Secretaria Municipal de Saúde ou órgão afim, a disponibilização das listagens previstas no *caput* deste artigo, os quais deverão seguir rigorosamente a ordem de inscrição para chamada dos pacientes, salvo nos procedimentos emergenciais atestados por médico assistente, preferencialmente da rede pública municipal de saúde.
>
> §3º A Secretaria Municipal de Saúde deverá informar o número de consultas, exames e cirurgias liberadas e autorizadas pelo SUS, para o devido acompanhamento dos usuários.
>
> Art. 2º As listagens previstas no *caput* do art. 1º desta lei deverão conter as seguintes informações:
>
> I - a data de solicitação da consulta, exame ou intervenção cirúrgica;
>
> II - relação dos inscritos habitados para o respectivo exame, consulta ou procedimento cirúrgico; e
>
> III - relação dos pacientes já atendidos através da divulgação do número do Cartão Nacional de Saúde - CNS.
>
> Art. 3º As informações divulgadas pela Secretaria Municipal de Saúde ou órgão afim deverão ser especificadas segundo o tipo de exame, consulta ou cirurgia aguardada e abranger todos os pacientes inscritos nas diversas unidades de saúde do Município, entidades conveniadas ou qualquer outro prestador de serviço que receba recursos públicos municipais.
>
> Art. 4º Publicadas as informações, as listagens previstas no *caput* do artigo 1º serão classificadas pela data de inscrição, separando-se os pacientes inscritos dos já beneficiados, sem qualquer tipo de restrição, permitindo-se o acesso universal a elas.
>
> Art. 5º Fica autorizada a alteração da situação dos pacientes inscritos nas listas de espera com base no critério da gravidade do estado clínico, desde que devidamente atestado pelo médico assistente, preferencialmente da rede pública municipal de saúde.
>
> Art. 6º Os recursos e instalações do Sistema Público de Saúde no Município serão utilizados para atender prioritariamente os candidatos regularmente inscritos em lista de espera.
>
> Art. 7º Caberá à equipe da unidade de saúde a qual o paciente está vinculado, a responsabilidade pela manutenção ou exclusão nas listas de espera.

> Parágrafo único. A inscrição em listas de espera não confere ao paciente ou à sua família o direito à indenização se a consulta, exame ou cirurgia não se realizar em decorrência de alteração justificada da ordem previamente estabelecida.
>
> Art. 8º Esta Lei entrará em vigor 180 (cento e oitenta) dias após sua publicação.

A competência legislativa dos municípios volta-se predominantemente ao alcance do interesse local, que diz respeito, sobretudo, às necessidades imediatas do município. Encontra-se essa atividade legiferante esmiuçada - nos termos do art. 165, § 1º, da Constituição do Estado de Minas Gerais - no âmbito da respectiva Lei Orgânica:

> Art. 165 - Os Municípios do Estado de Minas Gerais integram a República Federativa do Brasil.
>
> § 1º - O Município, dotado de autonomia política, administrativa e financeira, organiza-se e rege-se por sua Lei Orgânica e demais leis que adotar, observados os princípios da Constituição da República e os desta Constituição.

Especificamente em relação à competência para a iniciativa de leis, à luz do entendimento reiterado do colendo Supremo Tribunal Federal, as hipóteses de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo e, portanto, de restrição à atuação do Poder Legiferante, encontram-se taxativamente arroladas e não comportam interpretação ampliativa.

Isso porque a competência para propositura de leis, por excelência, recai sobre o Órgão Legislativo, que, no caso dos municípios, corresponde à Câmara Municipal.

Com base nessas premissas, de acordo com as balizas estabelecidas na Constituição do Estado de Minas Gerais, atinentes à iniciativa legislativa, encontra-se na alçada do Governador do Estado e, portanto, por força da simetria, dos Prefeitos, a competência privativa para a organização da Administração Pública:

> Art. 66 - São matérias de iniciativa privativa, além de outras previstas nesta Constituição:
>
> [...]
>
> III - do Governador do Estado:
>
> a) a fixação e a modificação dos efetivos da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar;
>
> (Alínea com redação dada pelo art. 3º da Emenda à Constituição nº 39, de 2.6.1999.)
>
> b) a criação de cargo e função públicos da administração direta, autárquica e fundacional e a fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros da Lei de Diretrizes Orçamentárias;
>
> c) o sistema de proteção social dos militares, o regime de previdência e o regime jurídico único dos servidores públicos da administração direta, autárquica e fundacional, incluídos o provimento de cargo e a estabilidade;
>
> (Alínea com redação dada pelo art. 3º da Emenda à Constituição nº 104, de 14.9.2020.)

> d) o quadro de empregos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades sob controle direto ou indireto do Estado;
>
> (Alínea declarada inconstitucional nos autos da ADI 4844. Acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 23.3.2021. Trânsito em julgado em 31.3.2021.)
>
> e) a criação, estruturação e extinção de Secretaria de Estado, órgão autônomo e entidade da administração indireta;
>
> f) a organização da Advocacia do Estado, da Defensoria Pública, da Polícia Civil, da Polícia Militar e dos demais órgãos da Administração Pública, respeitada a competência normativa da União;
>
> g) os planos plurianuais;
>
> h) as diretrizes orçamentárias;
>
> i) os orçamentos anuais; [...]

"Art. 90 - Compete privativamente ao Governador do Estado:

V - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;"

Conforme explicitado na jurisprudência pacificada no âmbito dos tribunais pátrios, a referida norma competencial não impõe a reserva de iniciativa ao Chefe do Poder Executivo quando inverificada a efetiva criação, extinção ou modificação de órgãos pertencentes ao Poder Executivo Municipal, ainda que a obrigação introduzida pelo diploma normativo importe na criação de despesas.

Referenda o entendimento ora adotado o excerto do voto proferido pelo eminente Ministro Gilmar Mendes no bojo do ARE nº 878.911, em cujo âmago se impugnava lei do Município do Rio de Janeiro que previa a obrigatoriedade de instalação de câmeras de segurança em escolas públicas municipais:

> Assim, somente nas hipóteses previstas no art. 61, § 1º, da Constituição, ou seja, nos projetos de lei cujas matérias sejam de iniciativa reservada ao Poder Executivo, é que o Poder Legislativo não poderá criar despesa.
>
> Ressalto, ademais, no tocante à reserva de iniciativa referente à organização administrativa, que esta Corte já pacificou jurisprudência no sentido de que a reserva de lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, prevista no art. 61, § 1º, II, b, da Constituição, somente se aplica aos Territórios federais (ADI 2.447, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, *DJe* 4.12.2009).
>
> No caso em exame, a lei municipal que prevê a obrigatoriedade de instalação de câmeras de segurança em escolas públicas municipais e cercanias não cria ou altera a estrutura ou a atribuição de órgãos da Administração Pública local nem trata do regime jurídico de servidores públicos, motivo pelo qual não vislumbro nenhum vício de inconstitucionalidade formal na legislação impugnada.

O referido acórdão foi assim ementado:

> Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência. Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso extraordinário provido (ARE 878911 RG, Relator: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 29.09.2016, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito *DJe*-217, d. em 10.10.2016, p. em 11.10.2016).

Por força da premissa acima elencada, a mera obrigação cometida ao Poder Executivo, no sentido de divulgar no sítio eletrônico da Prefeitura a lista dos pacientes que aguardam por consultas com especialistas, exames e cirurgias na rede pública de saúde do Município de Leopoldina, não importa, em nenhuma medida, em alteração da estrutura ou das atribuições propriamente ditas da Administração Pública local.

Em verdade, a referida inovação legislativa, ao estabelecer a obrigatoriedade de divulgação da lista de espera dos pacientes, apenas alinhava a atividade administrativa ao interesse público, mediante a concretização dos princípios da publicidade e da transparência, ao viabilizar que os interessados, de modo célere e eficaz, tenham o conhecimento de sua posição na fila de espera de atendimento médico e, em consequência, de eventual preterição indevida.

A priori, também não há que se falar que a obrigação prevista no diploma normativo em espeque demanda a adoção de medidas ensejadoras da alteração da estrutura da Secretaria Municipal de Saúde, visto que, a toda evidência, a listagem de pacientes em aguardo por algum procedimento médico já era elaborada antes da edição da lei impugnada, inclusive com a possibilidade de recolocação dos usuários por força da urgência do procedimento necessitado.

Assim, é certo que a obrigação concreta prevista na legislação municipal volta-se tão somente à divulgação da listagem já existente.

Diante desse quadro normativo e do atual entendimento do Excelso Pretório, acima indicado, reposiciono-me acerca do tema e não vislumbro o vício de iniciativa alardeado.

Chancela a presente conclusão a jurisprudência deste colendo Órgão Especial e do egrégio Supremo Tribunal Federal:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Lei que determina a divulgação de lista de espera de vagas em creches municipais. Constitucionalidade. Inexistência de vício de iniciativa. Ausência de aumento de despesa não prevista. - Tendo a lei por objeto apenas demonstrar a transparência e dar publicidade aos critérios utilizados para o preenchimento das vagas para crianças em creches municiais, através da publicação das listas por meio eletrônico, não há que se falar em vício de iniciativa, em especial quando verificado que inexiste cria-

> ção de uma despesa que caracterize ofensa ao princípio da separação de poderes (TJMG - Ação Direta Inconst 1.0000.14.057101-9/000, Relator: Des. Elias Camilo, Órgão Especial, j. em 27.04.2016, p. em 03.06.2016).
>
> Decisão recurso extraordinário. Constitucional. Lei Municipal nº 5.479/2019, que dispõe sobre a obrigatoriedade de divulgação de listagens de pacientes que aguardam consultas com médicos especialistas, exames e cirurgias na rede pública de saúde. Vício de iniciativa parlamentar inexistente. Observância do princípio da publicidade. Acórdão recorrido em dissonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: precedentes. Recurso extraordinário provido (RE 1256172 - Relatora: Cármen Lúcia, j. em 27.02.2020, p. em 02.03.2020).

Também não verifico a presença, nesta análise prefacial, da alardeada inconstitucionalidade material, por suposta violação aos princípios da intimidade e privacidade, pois a divulgação apenas do número do Cartão Nacional de Saúde - CNS, sem a exposição de dados explícitos de identificação do paciente, preserva a privacidade do cidadão, por não importar na exposição de dados como nome, sobrenome, endereço, data de nascimento e doença padecida, e ainda garante ao usuário do sistema de saúde, em contraposição, o conhecimento de sua posição na lista de espera.

Ausente o *fumus boni juris*, deve ser indeferida a medida cautelar.

Conclusão.

Ante o exposto, indefiro a medida cautelar.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Sérgio André da Fonseca Xavier, Carlos Roberto de Faria, Amauri Pinto Ferreira, Márcia Milanez, Antônio Carlos Cruvinel, Wander Marotta, Geraldo Augusto, Caetano Levi Lopes, Belizário de Lacerda, Edilson Olímpio Fernandes, Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Saldanha da Fonseca, José Flávio de Almeida, Tiago Pinto, Júlio Cezar Guttierrez, Wanderley Paiva, Agostinho Gomes de Azevedo, Newton Teixeira Carvalho, Domingos Coelho e Albergaria Costa.

Súmula - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

Enunciado nº 83

Compete às Câmaras Cíveis de Direito Privado o processamento e julgamento de recurso pertinente à nulidade de negócio jurídico que envolva doação inoficiosa, por não se tratar de matéria afeta ao Direito de Família ou Sucessões.

Órgão Julgador

Órgão Especial, Projeto de Súmula 1.0000.21.126994-9/000.

Data do Julgamento

24/11/2021

Data da Publicação/Fonte

Diário do Judiciário Eletrônico de 03/02/2022, 10/02/2022 e 17/02/2022.

Referência Legislativa

Constituição da República – artigos 96, I, "a" e 125, § 1º.

Código Civil – artigos 166, VII, 544 e 549.

Lei Complementar Estadual nº 59, de 18 de janeiro de 2001 – artigo 16, parágrafo único.

Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – artigo 36, I, "c" e II.

Precedentes

Conflito de Competência 1.0035.11.013577-5/002.

Conflito de Competência 1.0016.10.009388-5/003.

Conflito de Competência 1.0382.14.014905-7/002.

Conflito de Competência 1.0000.19.157250-2/002.

Nota de Atualização:

Conflito de Competência 1.0000.22.227289-0/000, TJMG.

Conflito de Competência 1.0000.21.007200-5/000. TJMG.

Conflito de Competência 1.0000.19.157250-2/002, TJMG.

Enunciado nº 84

É desnecessária a prévia garantia do juízo para a admissibilidade dos embargos à execução da sentença proferida no âmbito dos Juizados Especiais.

Órgão Julgador

Órgão Especial, Projeto de Súmula 1.0000.21.092350-4/000.

Data do Julgamento

23/03/2022

Data da Publicação/Fonte

Diário do Judiciário Eletrônico de 23/06/2022, 30/06/2022 e 07/07/2022.

Referência Legislativa

Lei nº 9.099, de 1995 - Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Lei nº 13.105, de 2015 – Código de Processo Civil.

Precedentes

Correição Parcial (Adm) 1.0000.19.065196-8/000

Correição Parcial (Adm) 1.0000.19.063274-5/000

Correição Parcial (Adm) 1.0000.19.072849-3/000

Correição Parcial (Adm) 1.0000.19.044088-3/000

Correição Parcial (Adm) 1.0000.20.004126-7/000

Correição Parcial (Adm) 1.0000.20.027850-5/000

Correição Parcial (Adm) 1.0000.20.542878-2/000

Nota de Atualização

Correição Parcial (Adm) 1.0000.21.263658-3/000, TJMG.

Correição Parcial (Adm) 1.0000.21.054595-0/000, TJMG.

Correição Parcial (Adm) 1.0000.20.531691-2/000, TJMG.

Direito tributário - Apelação cível - Execução fiscal - Prescrição intercorrente - Art. 40 LEF - Recurso repetitivo (REsp nº 1.340.553) - Definição de parâmetros - Suspensão do feito - caráter automático - Transcurso do prazo prescricional - Ausência de nulidade - Feito extinto - Condenação em honorários - Descabimento - Recurso provido em parte

- A Lei nº 6.830/80, em seu art. 40, trata da prescrição intercorrente, que se verifica nas hipóteses em que restar paralisado o feito, em decorrência da inércia não justificada da parte exequente, deixando de adotar as medidas cabíveis para a obtenção de êxito no encaminhamento do processo executivo, por tempo superior ao previsto em lei.

- O col. STJ, no julgamento de REsp nº 1.340.553, em sede de recurso repetitivo, uniformizou os parâmetros de aplicação do art. 40 da Lei nº 6.830/1980, com força vinculante.

- Nas execuções em que o despacho ordenador da citação foi posterior à LC nº 118/2005, a suspensão de 1 (um) ano prevista no art. 40 da LEF terá início após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis.

- Findo o prazo de 01 (um) ano de suspensão do processo, definido pelo art. 40 da LEF, iniciará, automaticamente, o prazo prescricional, independentemente de intimação da Fazenda Pública ou de pronunciamento judicial neste sentido.

- Transcorrido o prazo prescricional quinquenal, após ser ouvida a Fazenda Pública, o julgador declarará, inclusive *ex officio*, a ocorrência da prescrição intercorrente.

- A falta de intimação ensejará nulidade apenas e tão somente se restar demonstrado o prejuízo (*pas de nullité sans grief*).

- A efetiva constrição judicial ou a regular citação do executado são aptas a interromper o curso da

prescrição intercorrente, o que não se configura através de meras petições ou requerimentos feitos pelas partes.

- Se a execução fiscal foi extinta com fundamento na ocorrência da prescrição intercorrente, descabe a condenação da Fazenda Pública em arcar com os ônus de sucumbência, considerando o princípio da causalidade, já que a instauração do feito se justificou por causa do inadimplemento tributário pelo executado, e assim, este não pode sair beneficiado com a extinção do processo.

AP CÍVEL/REM NECESSÁRIA Nº 1.0145.12.013161-3/001 - Comarca de Juiz de Fora - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Fazenda Municipal de Juiz de Fora - Apelante: Município de Juiz de Fora - Interessado: Walid Mohamed Hammoud - Relator: DES. ARMANDO FREIRE

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2022. - *Armando Freire* - Relator.

Voto

DES. ARMANDO FREIRE - Cuida-se de recurso de apelação aviado contra a r. sentença (doc. 08), integrada pela decisão do embargos (doc. 14), que, em autos de execução fiscal movida pelo Município de Juiz de Fora em desfavor do Espólio de Walid Mohamed Hammoud, acolheu a exceção de pré-executividade, nos termos do art. 40, § 4º, LEF, declarou a ocorrência da prescrição intercorrente e julgou extinto o feito, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, II, CPC.

Em suas razões (doc. 15), o Município de Juiz de Fora, em síntese, sustenta que, pelo princípio da causalidade, não deveria ser condenado em ônus de sucumbência, porquanto não deu causa para que o executado precisasse de defesa técnica. Aduz que recorreu à execução de crédito tributário porque o executado não quitou o débito perante o fisco. Alega que é inviável o reconhecimento da prescrição intercorrente, mormente quando é válida e aplicável a Súmula nº 106 do STJ e o art. 240; § 3º, do CPC. Assegura que não há que se falar em prescrição intercorrente quando o Município vem desenvolvendo seus atos, buscando efetivar a ações executórias dentro dos respectivos prazos. Requer, ao final, o provimento do recurso.

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certidão (doc. 16).

Em síntese, é o relatório.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade recebo e conheço do recurso interposto.

Prescrição intercorrente.

Conceitua-se a prescrição como a perda da possibilidade de fazer valer o direito subjetivo do titular que se manteve inerte, deixando transcorrer determinado lapso temporal. Quanto à prescrição da execução para a cobrança de crédito tributário, denominada de prescrição ordinária, o lapso temporal estabelecido no art. 174 do CTN é de 05 (cinco) anos, contados da constituição definitiva do crédito.

Já para os créditos não tributários, inscritos em dívida ativa, observa-se o prazo definido no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, segundo o qual *"as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem"*.

Paralelamente, prevendo hipótese distinta, a Lei nº 6.830/1980, em seu art. 40, define a prescrição intercorrente, que se verifica nos casos em que o feito restar paralisado, em decorrência da inércia da parte exequente em adotar as medidas cabíveis para a obtenção de êxito no processo executivo, por tempo superior ao previsto em lei.

Para que seja constatada a prescrição, nesta modalidade, é necessária a existência de pretensão executória já levada a Juízo, bem como a inércia do exequente em promover os atos de impulso que lhe competem, e, ainda, o transcurso do lapso temporal legalmente previsto, sem que tenha havido fato ou ato que a lei confira eficácia interruptiva.

Especificamente sobre a possibilidade de declaração da prescrição intercorrente, sob as considerações e especificidades impostas pelo art. 40 da Lei de Execuções Fiscais (LEF), o eg. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.340.553, pacificou entendimento, uniformizando e esclarecendo a forma de aplicação deste instituto, nos seguintes termos:

> 4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, § 1º e § 2º da Lei nº 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever do magistrado de declarar a suspensão da execução.
>
> 4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar nº 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.
>
> 4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar nº 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.
>
> 4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial

nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, § 2º, § 3º e § 4º da Lei nº 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

4.3.) A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo - mesmo depois de escoados os referidos prazos -, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.

4.4.) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição).

4.5.) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa (REsp nº 1.340.553).

Com efeito, por se tratar de julgamento com viés repetitivo, prevalecerá esse posicionamento, vinculando os próximos julgamentos, não cabendo maiores debates, por ora, sobre a matéria, mas apenas o seu emprego no caso concreto.

À luz do exposto, para fins de aplicação da norma contida no art. 40 da LEF e reconhecimento da prescrição intercorrente, devem ser observados os seguintes parâmetros:

1. Termo Inicial do prazo de suspensão

*O termo inicial da suspensão de 1 (um) ano previsto no art. 40 da LEF coincide com a data de ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização ou inexistência de bens penhoráveis. Para efeitos da fluência do prazo, exige-se, obrigatoriamente, a efetiva intimação do ente fazendário, nos termos retro.

*É dever do magistrado deliberar sobre a referida suspensão, definindo seu marco temporal, contudo, esse é um ato meramente declaratório, que não prejudica nem modifica a contagem a partir da intimação da Fazenda Pública acerca da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis.

*Nas execuções de débitos tributários, em que o despacho ordenador da citação é anterior à LC nº 118/2005, a suspensão terá início após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis.

*Nas execuções de débitos tributários, em que o despacho ordenador da citação é posterior à LC nº 118/2005, e de débitos não tributários, a suspensão terá início após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis.

2. Termo Inicial do Prazo da Prescrição Intercorrente:

*Expirado o prazo de suspensão de 1 (um) ano, definido pelo art. 40 da LEF, iniciará, AUTOMATICAMENTE, o prazo prescricional, independentemente de intimação da Fazenda Pública ou de pronunciamento judicial neste sentido.

3. Ocorrência da Prescrição Intercorrente

*Transcorrido o prazo prescricional, após ser ouvida a Fazenda Pública, o julgador declarará, inclusive *ex officio*, a ocorrência da prescrição intercorrente.

*Exige-se, como mencionado, a intimação da Fazenda Pública antes de ser decretada a prescrição intercorrente, a fim de que se oportunize a manifestação do exequente, que poderá informar a ocorrência de causas suspensivas e interruptivas do prazo prescricional. Todavia, a nulidade pela falta de intimação da Fazenda Pública, neste particular, apenas será acolhida caso restar demonstrado o prejuízo do requerente, tudo conforme o princípio da *pas de nullité sans grief*.

*A efetiva constrição judicial ou a efetiva citação do devedor são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, diferentemente do efeito alcançado através de meras petições e requerimentos, que não têm esse condão. Indo além, observa-se que os requerimentos que podem ensejar a interrupção da prescrição deverão ser realizados dentro do prazo da suspensão de 1 (um) ano somado ao prazo quinquenal, mesmo que processados em período posterior, de modo que, se o requerimento for frutífero, os seus efeitos retroagirão à data do protocolo da petição.

Com esses esclarecimentos, firme na reprodução dos parâmetros definidos pelo col. STJ, passo ao exame da lide posta em apreço.

Caso Concreto.

No caso em análise, denota-se que a presente execução fiscal foi ajuizada em 07.05.2012, objetivando a cobrança dos créditos tributários discriminados na CDA (doc. 02).

O despacho ordenador da citação foi proferido aos 15.05.2012.

A primeira tentativa de citação, por carta, restou frustrada, conforme Certidão de 26.06.2012, com ciência do exequente aos 06.07.2012.

A segunda tentativa, através de Oficial de Justiça, também não obteve sucesso, conforme certidão de 19.09.2014.

A municipalidade requereu, aos 02.10.2014, a suspensão do feito pelo prazo de 60 (sessenta) dias.

Terceira tentativa de citação também frustrada, conforme certidão de 18.06.2015.

Citação do espólio efetivada aos 20.05.2019.

Apresentada exceção de pré-executividade aos 27.05.2019.

Após manifestação do exequente, o digno Sentenciante acolheu a exceção de pré-executividade, nos termos do art. 40, § 4º, LEF, declarou a ocorrência da prescrição intercorrente e julgou extinto o feito, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, II, CPC.

Feitos esses esclarecimentos, estou convencido de que, realmente, a prescrição intercorrente restou caracterizada na hipótese em tela, motivo pelo qual a manutenção do decisum é medida que se impõe.

Explico.

O STJ, após extenso enfrentamento sobre o tema, definiu que o termo inicial da prescrição intercorrente não se vincula a uma decisão judicial neste sentido. Em casos como o de agora, tratando-se de execução fiscal de crédito tributário, em que o despacho ordenador é posterior à LC nº 118/2005, o prazo de suspensão de 1 (um) ano, previsto no art. 40 da LEF, se inicia após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor OU de localização de bens penhoráveis, devidamente cientificada ao ente público.

Diante dessas circunstâncias, deve-se considerar como marco inicial da suspensão, na inteligência do art. 40 da LEF, o dia 06.07.2012, data da ciência do Município da tentativa frustrada de citação. Consequentemente, a suspensão de 01 (um) ano se encerrou aos 06.07.2013, dando início, automaticamente, ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos. Transcorrido o quinquênio sem manifestações relevantes por parte do exequente, a prescrição intercorrente restou verificada em 06.07.2018.

Outrossim, inexiste, no caderno processual, outros elementos que indiquem a ocorrência de causa suspensiva ou interruptiva da prescrição neste período, com a devida vênia do recorrente.

Lado outro, em relação à condenação nos ônus de sucumbência, com razão o apelante.

Com efeito, não são devidos honorários advocatícios na espécie, em razão do pronunciamento da prescrição intercorrente.

De fato, apesar da ocorrência da referida prescrição por certa desídia do exequente na condução do processo, tal fato não tem o condão de conferir qualquer vantagem à parte executada. Ora, a instauração do processo de execução se tornou necessária, sobretudo, por causa do constatado inadimplemento tributário.

Nesse sentido, julgados deste Tribunal de Justiça:

> Apelação cível. Execução de título extrajudicial. Execução suspensa. Prescrição intercorrente. Ocorrência. Ônus sucumbenciais. Observância ao princípio da causalidade. - Tratando-se de execução extinta pela prescrição intercorrente, não há que se falar em sucumbência pelo exequente, e, por consequência, em fixação de honorários advocatícios em favor dos executados (TJMG - Apelação Cível nº 1.0145.99.002403-9/001, Rel. Des. Adriano de Mesquita Carneiro, 11ª Câmara Cível, j. em 11.08.2021, p. em 12.08.2021).
>
> Apelação cível. Exceção de pré-executividade. Prescrição intercorrente. Honorários em favor do executado. Descabimento. A 4ª Turma do STJ reconheceu que "a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não retira o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para o exequente" (REsp nº 1.769.201/SP, Rel. Min.ª Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. em 12.03.2019, *DJe* de 20.03.2019). Declarada a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens, incabível a fixação de verba honorária em favor do executado, eis que, diante dos princípios da boa-fé processual e da cooperação, não pode o devedor se beneficiar do não cumprimento de sua obrigação (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.11.267968-3/001, Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, 4ª Câmara Cível, j. em 11.03.2021, p. em 27.04.2021).
>
> Apelação. Execução fiscal. Extinção. Prescrição intercorrente. Penhora. Interrupção do prazo prescricional. Reinício da contagem imediato. Fixação de honorários de sucumbência em favor do patrono do devedor. Impossibilidade. Princípio da causalidade. A efetiva constrição patrimonial tem o condão de interromper o prazo prescricional, o qual se reinicia imediatamente. Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da ação ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. Tratando-se de extinção pela ocorrência de prescrição intercorrente, não pode a parte executada se beneficiar e ser premiada pelo não cumprimento de suas obrigações (TJMG - Apelação Cível nº 1.0411.00.001808-4/001, Rel. Des. Geraldo Augusto, 1ª Câmara Cível, j. em 11.11.2020, p. em 11.12.2020).

Portanto, o recurso merece parcial provimento apenas para decotar da sentença a condenação do ente público nos encargos sucumbenciais.

Conclusão

Com esses fundamentos e razões de decidir, dou provimento parcial ao recurso apenas para excluir da sentença a condenação do apelante ao pagamento de honorários advocatícios.

Em razão da alteração mínima, custas recursais pelo apelante, observada a isenção legal.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO VILAS BOAS E MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

• • •

Direito processual civil - Ação civil pública - Princípio da integração - Direito do consumidor - Pretensão indenizatória - Habilitação do consumidor lesado na demanda - possibilidade - Art. 81, parágrafo único, III, c/c art. 94, ambos do código de defesa do consumidor - Litisconsórcio ativo facultativo - Economia e celeridade processual - Recurso provido - Decisão reformada

- Em atenção ao princípio da integração, é aplicável o Código de Defesa do Consumidor à Ação Civil Pública pautada na Lei Federal nº 7.347/85, em razão do microssistema processual coletivo que compõem.

- A legislação consumerista, ao tratar da defesa do consumidor em juízo, previu, no art. 81, parágrafo único, III, c/c art. 94, a possibilidade de intervenção dos interessados como litisconsortes, dentre os quais, evidentemente, incluem-se os consumidores que foram vítimas de eventual dano apontado na demanda.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.21.108578-2/001 - Comarca de Cássia - Agravantes: C.A.F.N., D.O.C., E.O.S. Representado P/Mãe D.O.C. - Agravados: M.C.S., M.P.-.M., M.D. - Relator: DES. MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de abril de 2022. - *Márcio Idalmo Santos Miranda* - Relator.

Voto

DES. MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA - Trata-se de agravo de instrumento interposto por C.A.F.N. e outros contra decisão (Evento de nº 90) proferida pelo douto Juízo da 1.ª Vara Cível da Comarca de Cássia que, em ação civil pública ajuizada pelo Município de Delfinópolis, indeferiu pedido, por eles formulado, de habilitação no processo como litisconsortes da parte autora.

Buscam os agravantes, com seu inconformismo, ver reformada a decisão combatida, de modo a ser acolhido o pleito supramencionado.

Em suas razões recursais, alega, em síntese, que os arts. 94 e 97, do Código de Defesa do Consumidor, asseguram aos individuais o direito de habilitar-se na Ação Civil Pública, como litisconsorte ativo; que as referidas normas aplicam-se subsidiariamente ao rito da ação civil pública, por força do art. 21, da Lei nº 7.347/85; que a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça uniformiza que o edital deve ser publicado, para que os interessados possam se habilitar na ação civil pública como litisconsortes, nos termos do supramencionado art. 94, do CDC; que, dessa forma, a decisão agravada contraria o entendimento pacífico da Corte Superior; que a decisão agravada desvirtua a finalidade da ação civil pública, que visa à composição dos conflitos coletivos com economia processual, evitando a proliferação de demandas individuais e que, diante de todo exposto, merece reforma a decisão agravada para que sejam habilitados na ação civil pública.

Preparo, regular, comprovado no de nº 94.

Na decisão anexada ao Evento de nº 97, foi indeferido o pedido de efeito suspensivo ao recurso, ante a ausência de demonstração do indispensável requisito, dessa medida, relativo ao *periculum in mora*.

Contraminuta ofertada pela 1ª Agravada (Evento nº 101), pugnando pelo desprovimento do recurso.

Informações prestadas pelo douto Juízo de 1.º grau (Evento de nº 103), dando conta de haver sido mantida a decisão agravada.

Embora regularmente intimado, o Município de Delfinópolis, ora 3.º Agravado, não apresentou resposta ao recurso, conforme certidão de decurso de prazo anexada após o Evento nº 104.

O Ministério Público de Minas Gerais, ora 2º Agravado, apresentou resposta ao recurso, anexada ao Evento nº 105, manifestando-se pelo seu provimento.

Parecer da ilustre Procuradoria-Geral de Justiça (Evento de nº 107) opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

No mérito, entendo merecer provimento o inconformismo.

O processo de origem consiste em Ação Civil Pública ajuizada pelo Município de Delfinópolis em face de M.C.S. em razão da exploração onerosa e irregular de ponto turístico local. Aponta que, muito embora a Prefeitura tenha fornecido matéria prima para a reforma da pinguela localizada em meio a uma região de trilhas em mata local, a Ré, ora 1.ª Agravada, não procedeu com a devida conservação do acesso, mas continuou cobrando o valor de R$40,00 (quarenta reais) de cada turista que desejasse visitar o local.

Diante da má conservação da pinguela, esta veio a se romper no momento em que os ora agravantes realizavam a travessia, resultando no acidente narrado na inicial da ação de origem.

Depois de ajuizada a ACP pelo Município de Delfinópolis, requerendo, dentre outros pedidos, a indenização das vítimas do acidente, os agravantes requereram a habilitação nos autos, de modo a ingressarem na demanda enquanto litisconsortes ativos, pedido esse que foi indeferido pelo douto Juízo *a quo*.

Cinge-se a controvérsia, portanto, em aferir se os agravantes têm o direito de ingressar nos autos da Ação Civil Pública de origem, como litisconsortes ativos, tendo em vista os supostos danos por eles sofridos em decorrência do Evento narrado na exordial.

Importante constatar, desde logo, que ao presente caso aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor, nos termos de seus arts. 2º e 14 c/c art. 17, mormente os agravantes pretendem habilitação na demanda de origem em razão de danos materiais e morais supostamente sofridos quando da prestação de serviço de turismo pela Ré, ora 1.ª Agravada, cuja indenização, inclusive, consta entre os pedidos elencados pelo Autor, ora 3º Agravado.

> Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
>
> 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.
>
> Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do Evento.

Ressalte-se, por oportuno, que, em atenção ao princípio da integração, a despeito de a ação de origem se pautar na Lei Federal nº 7.347/85, que "disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico", nada impede a aplicação do CDC ao caso, nos termos da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Agravo interno no recurso especial. Código de processo civil de 2015. Ação popular. Art. 7º da Lei nº 8.429/92. Aplicabilidade. Indisponibilidade de bens. Presença de indícios de responsabilidade. Decretação. Possibilidade. Incidência da Súmula nº 83/STJ. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 ao julgamento deste Agravo Interno. II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual por força do princípio da integração, as Leis nº 4.717/65, 7.347/85, 8.078/90 e 8.429/92, dentre outras, compõem um microssistema processual coletivo, com o objetivo de propiciar uma adequada e efetiva tutela dos bens jurídicos por elas protegidos [...]" (AgInt no REsp

> nº 1521617/MG, Rel.ª Min.ª Regina Helena Costa, 1ª Turma, j. em 16.05.2017, *DJe* de 22.05.2017).

Com efeito, o Autor da Ação Civil Pública de origem, ora 3º Agravado pleiteia a indenização dos ora agravantes justamente por tratar-se de direitos individuais homogêneos, nos termos do art. 81, III, do mesmo Diploma Legal, uma vez que oriundos de uma mesma causa, qual seja, o rompimento da pinguela localizada na propriedade da 1.ª Agravada que era onerosamente explorada para fins turísticos.

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
>
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
>
> [...]
>
> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Muito embora, como ressaltado pelo douto Juízo a quo, não sejam os agravantes legitimados para propor Ação Civil Pública em face da 1.ª Agravada, o são para demandar o ressarcimento de eventuais danos sofridos quando da prestação do serviço por ela oferecido.

Dessa forma, quando o Autor, ora 3º Agravado, elenca, entre seus pedidos, a indenização dos danos sofridos pelos agravantes, o faz como verdadeiro substituto processual, pois atua, ao menos neste quesito da demanda, em nome próprio, mas em defesa de direito alheio.

Justamente por serem os titulares da pretensão indenizatória, poderiam os agravantes, mesmo já ajuizada a Ação Civil Pública, acionarem, individualmente, o responsável pelo dano, prevalecendo seu interesse de agir.

Não por outra razão a legislação consumerista, ao tratar da defesa do consumidor em juízo, previu, no art. 94, a possibilidade de intervenção dos interessados como litisconsortes, dentre os quais, evidentemente, incluem-se os consumidores que foram vítimas de eventual dano apontado na demanda.

> Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

Tal faculdade concedida pela legislação, além de proporcionar maior economia e celeridade processual, permite que os agravantes, uma vez habilitados na Ação Civil Pública, produzam as provas que entendam pertinentes e, em caso de procedência de seu pleito indenizatório, recebam provimento jurisdicional que poderá dispensar posterior liquidação individual.

Neste sentido, já se pronunciou o col. Superior Tribunal de Justiça:

> Agravo interno no agravo em recurso especial. Seguro de veículo. Recebimento da indenização do seguro. Pendência de ação civil pública, proposta em face da seguradora ré, com admissão do autor como interveniente. Superveniente falta de interesse processual. - É sabido que o consumidor não tem legitimidade para ajuizar diretamente a ação coletiva. Contudo, previu o Código de Defesa do Consumidor, de forma excepcional, a possibilidade de sua integração facultativa ao feito na qualidade de litisconsorte, nos termos do art. 94. Nesse caso, sofrerá os efeitos de sua intervenção, em especial no que se refere à formação da coisa julgada material, pela qual será alcançado, nos termos da primeira parte do art. 472 do Código de Processo Civil, ficando impedido de intentar nova ação individual com o mesmo escopo (art. 103, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor). - Agravo interno não provido (AgInt no AREsp nº 721.867/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 07.03.2017, *DJe* de 15.03.2017).

Por tais razões, outro caminho não me resta que não dar, como de fato dou provimento ao recurso, e o faço para, reformando a r. decisão agravada, deferir a habilitação dos agravantes como assistentes litisconsorciais do Autor na Ação Civil Pública de origem.

Custas, ao final, na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GERALDO AUGUSTO E ARMANDO FREIRE.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Direito processual cível - Execução provisória de decisão liminar que determinou o fornecimento de insumos médicos - Aquisição pela parte autora com recursos próprios - ressarcimento - Bloqueio de verbas públicas - Inadequação da via eleita - Observância do rito de execução de obrigação de pagar quantia contra a fazenda pública - Recurso desprovido - Decisão mantida

- O bloqueio de verbas públicas é medida excepcional, admitida para se efetivar o cumprimento de ordem judicial, em especial aquelas que imponham obrigação de fazer ou de dar coisa certa, como é o caso de fornecimento de remédio ou insumo destinado a tratamento de saúde.

- É inaplicável o bloqueio de contas da Fazenda Pública com a finalidade de reposição de valores já desembolsados pela parte, mas, tão somente, para o custeio de medicamentos, tratamentos ou insumos que, urgentes, ainda não tenham sido adquiridos.

- Deve ser reconhecida a inadequação da via eleita, notadamente pela necessidade de observância do regime de pagamento de débitos da Fazenda Pública (art. C.F., art. 100), que deve se fazer nos termos do previsto nos arts. 534 e seguintes do Código de Processo Civil.

- V.v.: Agravo de instrumento. Execução provisória de tutela de urgência descumprida. Saúde. Insumos. Bloqueio de valores. Ressarcimento. Possibilidade. - O Superior Tribunal de Justiça, na ocasião do julgamento do REsp nº 1.069.810/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, reconheceu a possibilidade de sequestro de dinheiro público caso haja nos autos a comprovação de que o ente público não tenha cumprindo a obrigação de disponibilizar os insumos médicos postulados, acarretando risco à saúde do demandante. - Impossibilitar o bloqueio de valores na conta do ente estatal para ressarcimento da quantia despendida pela parte autora para adquirir insumos, cujo fornecimento pela municipalidade fora anteriormente determinado em sede de antecipação de tutela, importa a admissão da conduta adotada em desobedecer ao comando judicial.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.21.211313-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: G.M.A., Assistido P/Mãe S.C.M.B. - agravado: M.B.H. Prefeito Municipal de B.H. - Relator: DES. WASHINGTON FERREIRA

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. VENCIDO O RELATOR.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2022. - *Washington Ferreira* - Relator.

Voto

DES. WASHINGTON FERREIRA - Trata-se de agravo de instrumento interposto por G.M.A. representada por S.C.M. contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Cível da Infância e da Juventude da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da "Execução Provisória de Decisão Liminar" proposta em face do Município de Belo Horizonte, indeferiu o pedido formulado pela ora agravante para reembolso dos valores gastos com a compra de insumos médicos (Ordem 52).

A agravante pugna, preliminarmente, pela concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita. No mérito, alega, em síntese, que o direito ao reembolso da quantia gasta na aquisição de fármacos e insumos, no período em que estes não foram fornecidos pelo ente público, decorre da própria obrigação estabelecida em decisão liminar, que não foi cumprida. Argumenta que a Constituição Federal consagrou, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, nos termos do seu art. 3°, IV. Defende que se deparou com a negativa administrativa de fornecimento, posteriormente, com a desobediência do executado em cumprir a ordem judicial e, agora, com decisão que lhe nega o reembolso dos valores. Afirma que ao ser pacífico na jurisprudência que o Poder Judiciário pode determinar o bloqueio de verbas públicas para a garantia de tratamento de saúde, também é de se admitir tal medida quando o serviço já foi prestado com recursos próprios do cidadão que, à época da despesa, já tinha decisão judicial favorável que, porém, é descumprida pelo ente público. Colaciona julgados deste egrégio TJMG e do TJSP.

Com esses argumentos, pugna pela antecipação dos efeitos da tutela recursal para que lhe seja assegurado o reembolso de R$2.067,95 (dois mil e sessenta e sete reais e noventa e cinco centavos), bem como pelo provimento do Agravo de Instrumento.

Foi indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, ocasião em que se deferiu a gratuidade de justiça para fins recursais (Ordem 54).

O d. Juiz da causa prestou informações, noticiando a manutenção da decisão recorrida (Ordem 55).

O agravado, embora devidamente intimado, não apresentou contraminuta, conforme comprovante de decurso de prazo.

Aberta vista, a d. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo desprovimento do recurso (Ordem 56).

É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Sem preliminares, passo ao exame meritório.

Mérito.

Inicialmente é necessário ressaltar que a análise do presente recurso limita-se à verificação de cabimento de bloqueio de valores para ressarcimento à agravante pelo que gastou com a compra de insumos médicos, em razão do descumprimento de tutela de urgência concedida em desfavor do Município de Belo Horizonte para que os fornecessem.

Pois bem.

Trata-se de Cumprimento de Sentença ajuizado pela ora agravante em face do Município de Belo Horizonte ao argumento de que a agravante realizou a prestação de contas e fez pedido de ressarcimento da quantia de R$2.125,93 (dois mil e cento e vinte e cinco reais e noventa e três centavos), contra a parte agravada, que deixou de cumprir com a obrigação que lhe foi imposta, qual seja, o fornecimento de fraldas descartáveis destinadas à parte autora, na forma prescrita em relatório médico.

Entretanto, o juízo primevo, não obstante tenha homologado a prestação de contas, indeferiu o pedido de reembolso pleiteado pela exequente.

Assim, diante dos elementos constantes dos autos, verifica-se que a agravada teve que arcar com os custos dos insumos médicos em razão do descumprimento por parte da municipalidade, pelo que não me parece acertada a decisão que indeferiu o reembolso dos valores devidos.

Com efeito, conforme o estabelecido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp nº 1069810/RS, submetido à sistemática do art. 543, *c*, do CPC de 1973, que tratava dos recursos representativos de controvérsia, *"tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação"*.

Nesse cenário, não permitir o bloqueio dos valores teria o efeito de admitir que o Município de Belo Horizonte desobedeça a comando judicial que determina o fornecimento de insumos médicos, de maneira que a própria parte tenha que arcar com os valores correspondentes.

Sobre a possibilidade de ressarcimento de valores despendidos pelas próprias partes em ações em que houve deferimento de tutela de urgência determinando o fornecimento de medicamento por entes públicos, já se manifestou este eg. TJMG:

> Agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer. Fornecimento de medicamento. Liminar deferida. Despesas gastas com a aquisição do medicamento após deferimento da liminar. Direito de reembolso. Decisão reformada: Impõe-se a reforma da decisão que indeferiu o reembolso das despesas gastas pela autora para a aquisição do medicamento após ser deferida liminar, determinando o seu fornecimento, vez que o direito de restituição possui natureza patrimonial (TJMG - Agravo de Instrumento nº 1.0701.12.008924-1/001, Relator Des. Afrânio Vilela, 2ª Câmara Cível, j. em 20.09.2016).

Não foi outro o entendimento adotado mais recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgInt no REsp nº 1801069/RS, cuja ementa é a seguinte:

> Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Direito à saúde. Medicamento. Reembolso. Possibilidade. Julgamento *extra petita*. Não ocorrência. Interpretação lógico-sistemática da petição inicial - "O pleito inicial deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento da pretensão extraído da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica julgamento *extra petita*" (AgRg no AREsp nº 322.510/BA, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, *DJe* de 25.06.2013). - No caso dos autos, inexiste julgamento *extra petita*, porquanto o bem jurídico tutelado na ação é o direito à saúde, buscando-se com a prestação jurisdicional o fornecimento de medicamento necessário ao tratamento da doença. - A condenação ao reembolso dos valores despendidos com a aquisição do medicamento - a qual ocorreu em razão da demora do Poder Público no cumprimento da tutela provisória - configurou, em verdade, decorrência lógica do pedido inicial de recebimento do fármaco. - Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no REsp nº 1801069/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª Turma, j. em 13.08.2019, *DJe* de 16.08.2019).

Dessa forma, conquanto se alegue que caberia à parte buscar o ressarcimento de valores por outras vias, entendo que a decisão atacada merece reforma, porque seria impor prejuízos à parte agravante além dos já experimentados por ela quando do descumprimento da tutela de urgência pelo agravado.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para determinar que o agravado restitua à agravante, no prazo de 10 (dez) dias, a quantia de R$2.067,95 (dois mil e sessenta e sete reais e noventa e cinco centavos), sob pena de bloqueio de valores desde já autorizado, em caso de descumprimento voluntário.

Custas pelo agravado, isento na forma da lei.

É como voto.

DES. MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA - Voto divergente, em parte, do 1º Vogal - Em que pese o respeitável entendimento expresso pelo eminente Relator, que provê o recurso para determinar o imediato reembolso da quantia desembolsada pela agravante para aquisição dos insumos objeto do litígio, sob pena de bloqueio de verba, a tanto necessária, em contas bancárias do agravado, peço vênia para apresentar parcial divergência.

Assim o faço por entender incabível, ao menos na atual fase processual - de "Execução Provisória de Decisão Liminar" - o pleito da agravante, sobretudo de sequestro de verbas públicas.

Discute-se a respeito da obrigatoriedade de reembolso, por parte do Município agravado, de valores gastos, pela agravante, na aquisição de insumos de que ela diz necessitar e cujo fornecimento, atribuído àquele, não foi cumprido.

Tenho que o bloqueio de verbas públicas é medida excepcional, admitida para se efetivar o cumprimento de ordem judicial, em especial aquelas que imponham obrigação de fazer ou de dar coisa certa, como é o caso de fornecimento de remédio ou insumo destinado a tratamento de saúde.

Não vejo, porém, como essa medida possa se aplicar para a finalidade de reposição de valores já desembolsados, mas, tão somente, para o custeio de medicamentos, tratamentos ou insumos que, urgentes, ainda não tenham sido adquiridos.

Na situação fática versada nos presentes autos, verifica-se que, a despeito do descumprimento da obrigação por parte do agravado, a agravante pôde, com recursos próprios, proceder à aquisição dos insumos cujo fornecimento foi determinado na decisão judicial descumprida.

Em tais condições, parece-me descaracterizada a urgência que pudesse justificar a ordem de bloqueio de verba pública.

Parece-me, pois - salvo melhor juízo - inadequada a via eleita pela agravante para a finalidade pretendida, de reposição de valores desembolsados, sobretudo considerando-se a necessidade de observância do regime de pagamento de débitos da Fazenda Pública (art. C.F., art. 100), que deve se fazer nos termos do previsto nos arts. 534 e seguintes do Código de Processo Civil.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, aliás, assim se manifestou em seu Parecer, constante do evento n.º 56:

> [...]
>
> *In casu*, em que a parte pleiteia no presente recurso tão somente o ressarcimento dos gastos com os insumos que deveriam ter sido fornecidos pelo ente federado, não se justifica o bloqueio requerido, desse modo, a restituição deve ser buscada pelos mecanismos adequados de execução contra a Fazenda Pública.

Sobre o tema, assim já decidiu esta Câmara:

> Agravo de instrumento. Ação cominatória. Fornecimento de medicamento. Concessão antecipada de medida liminar. Descumprimento pelo ente municipal. Cumprimento de tutela provisória. Aquisição com recursos próprios. Reembolso. Impossibilidade. Caráter indenizatório. Inadequação da via eleita. A determinação do bloqueio de verbas públicas é medida excepcional, admitida para efetivar o cumprimento da decisão judicial. Trata-se de medida necessária para obter resultado prático equivalente ao cumprimento da própria ordem de fornecimento do medicamento ou insumo, não se prestando a eventual medida compensatória, destinada ao ressarcimento de valores. Reconhecimento da inadequação da via eleita para o fim pretendido, sobretudo pela necessária observância ao regime de pagamento de valores devidos pela Fazenda Pública (art. 100, CR/88). Desse modo, deve o ressarcimento ser executado nos termos do que determinam os arts. 534 e seguintes, do CPC/15 (Agravo de Instrumento nº 1.0000.21.093105-1/001, Relator Des. Armando Freire, j. em 21.09.2021, *DJe* de 24.09.2021).

Sendo assim - e com redobrada vênia ao eminente Relator - entendo que a pretensão ressarcitória da agravante deve ser deduzida por meio de procedimento adequado, notadamente o de execução de obrigação de pagar quantia certa movida contra a Fazenda Pública, não se mostrando cabível em via de cumprimento provisório de medida liminar.

Por tais motivos, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a decisão recorrida.

Custas recursais, ao final, pela agravante, observada a gratuidade de justiça deferida em grau recursal (Evento nº 54).

É como voto.

DES. GERALDO AUGUSTO - Embora o merecido respeito ao entendimento do eminente Desembargador Relator, com a análise fática dos autos, acompanho a divergência contida no voto do Eminente Desembargador Primeiro Vogal (Márcio Idalmo Santos Miranda - Desembargador - 1.º Vogal), para também negar provimento ao recurso.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. VENCIDO O RELATOR.

Remessa necessária - Não conhecimento - Art. 496, § 3º, II e III, do CPC - Apelação cível - Ação de cobrança - Servidora pública municipal - Gestante - Contrato temporário - Rompimento - Estabilidade provisória - Inteligência do art. 39, § 3º, c/c art. 7º, XVIII, da Constituição Federal - Jurisprudência do STF - Licença maternidade - Direito reconhecido - Indenização substitutiva - Remuneração durante o período da licença devida - Reflexos no 13º (décimo terceiro) salário, férias proporcionais e adicional de férias - Tema nº 551 do STF - Pagamento indevido - Consectários da condenação - Temas nº 810 STF e 905 STJ - Matéria de ordem pública - Sentença parcialmente reformada ex officio - Recurso parcialmente provido

- Quando o julgador estiver diante de elementos que lhe proporcionem segurança para aferir que a condenação imposta à Fazenda Pública estadual e municipal não será superior, respectivamente, a 500 (quinhentos) e 100 (cem) salários mínimos (art. 496, § 3º, II e III, do CPC/2015), revela-se afrontosa aos princípios constitucionais da efetividade da jurisdição e do tempo de duração razoável do processo, a remessa oficial, uma vez que deve haver limites para a proteção do interesse da Fazenda Pública.

- Remessa Necessária não conhecida.

- Segundo o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, as servidoras, mesmo em situação precária, possuem direito à licença-maternidade e, logicamente, à estabilidade provisória, nos termos do art. 7º, XVIII e art. 39, § 3º, da CF/88.

- Considerando que houve dispensa da servidora durante a estabilidade provisória, impõe-se a condenação do ente municipal ao pagamento de indenização substitutiva referente à remuneração durante o período da licença-maternidade.

- Consoante a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema nº 551, os servidores temporários não fazem jus ao décimo terceiro salário e às férias remuneradas acrescidas do terço constitucional, salvo expressa previsão legal e/ou contratual em sentido contrário, ou se comprovado desvirtuamento da contratação temporária pela Administração Pública, em razão de sucessivas e reiteradas renovações e/ou prorrogações.

- Verificada a regularidade do contrato celebrado entre as partes, que visou ao atendimento de necessidade temporária e excepcional do serviço, e observou o disposto na Lei Municipal nº 451/2005, não são devidos os reflexos da indenização nas parcelas de 13º (décimo terceiro) salário proporcional, férias proporcionais e 1/3 (um terço) de férias.

- Considerando o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (RE nº 870.947/SE) e pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.270.439/PR e REsp nº 1.492.221/PR), nas condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos a correção monetária deverá incidir pelo IPCA-E e os juros moratórios segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança.

- Sendo matéria de ordem pública e estando a sentença em desacordo com as decisões vinculantes quanto aos consectários da condenação, a reforma parcial, de ofício, é medida que se impõe.

- Recurso parcialmente provido.

AP CÍVEL/REM NECESSÁRIA Nº 1.0344.14.001889-8/001 - Comarca de Iturama - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Iturama - Apelante: Município União Minas - Apelada: Laís Alves Freitas - Relator: O SR. 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 NÃO CONHECER DA REMESSA NECESSÁRIA, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO E, DE OFÍCIO, REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 1º de junho de 2022. - *Raimundo Messias Júnior* - Relator.

Voto

DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR - Trata-se de remessa necessária e apelação cível da sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Iturama (f. 104-v.), que nos autos da Ação de Cobrança ajuizada por Laís Alves Freitas contra o Município de União de Minas, julgou parcialmente procedentes os pedidos, para condenar o réu a pagar à autora a indenização pela dispensa durante o período de estabilidade provisória da gestante, conforme a última remuneração (R$1.837,25 - mil oitocentos e trinta e sete reais e vinte e cinco centavos), no período compreendido entre 20.12.2013 e 22.02.2015, com reflexos no 13º (décimo terceiro) salário, férias e o terço constitucional. Os valores serão corrigidos, a partir do respectivo vencimento até a data do efetivo pagamento, uma única vez, pelos índices oficiais da remuneração básica, e juros aplicados à caderneta de poupança, a contar da citação(art. 1º, *f*, da Lei

nº 9.494/97 com redação dada pela Lei nº 11.960/09). Por fim, condenou o réu ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em R$500,00 (quinhentos reais).

Nas razoes recursais(f. 96/101), aduz o município réu que a autora foi contratada por prazo determinado, o que difere da situação da servidora ocupante de cargo efetivo. Desse modo, o afastamento da contratada pelo término do pacto não constitui ofensa ao disposto no art. 7º, XVIII da CF/88 c/c art. 10, II, *b*, do ADCT, razão pela qual a autora não possui direito à estabilidade garantida à gestante. Requer a reforma da sentença, com a improcedência dos pedidos iniciais.

Contrarrazões às f. 106/110.

É o relatório.

Remessa necessária.

Preliminar.

Não conhecimento.

Embora o MM. Juiz tenha submetido a sentença à remessa necessária, estou a entender que a presente decisão não se sujeita a tal expediente.

Quando o julgador estiver diante de elementos que lhe proporcionem segurança para aferir que a condenação imposta à Fazenda Pública estadual e municipal não será superior, respectivamente, a 500 (quinhentos) e 100 (cem) salários mínimos(art. 496, § 3º, II e III, do CPC/2015), notadamente quando forem discutidos valores de pequena monta, e excluída mera análise do valor da causa, a remessa necessária revela-se afrontosa aos princípios constitucionais da efetividade da jurisdição e do tempo de duração razoável do processo, uma vez que deve haver limites para a proteção do interesse da Fazenda Pública, até porque tal instituto foi criado no Direito Medieval, por conta do risco de atuação inquisitorial do magistrado, que detinha poderes excessivos.

Com a evolução do Direito ao longo dos séculos, e com a estruturação judiciária da República Federativa do Brasil, sob a égide do Estado Democrático de Direito, não se justifica tamanho paternalismo.

Além disso, a norma prevista no art. 496, § 3º, II e III, do CPC/2015 deve ser interpretada sistematicamente, a partir do espírito da Carta Magna.

Nesse cenário, só há espaço para recursos *ex officio* em feitos que tenham efetivo potencial de risco de lesão ao erário.

Sobre o tema, José Miguel Garcia Medina explica uma das hipóteses em que não se aplica a remessa necessária: *"quando a causa disser respeito a valores considerados pela lei pouco significativos para justificar o reexame, estabelecidos pela lei de modo gradual, em atenção à dimensão da pessoa de Direito Público*" (MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 719).

Como se não bastasse, de acordo com a iterativa jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, o valor da causa deve ser utilizado como parâmetro para fins de subsunção do feito ao art. 496, § 3º, II e III, do CPC/2015.

Nesse sentido, confira-se:

> Processual civil e previdenciário. Agravo regimental no recurso especial. Decisão monocrática do relator com arrimo no art. 557 do CPC. Cabimento. Limitação ao reexame necessário. Introdução do § 2º do art. 475 do CPC pela Lei nº 10.352/01. Causa de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos. - Com a nova redação dada pela Lei nº 9.756/98 ao art. 557 do Código de Processo Civil, o relator pode negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência do respectivo tribunal ou de tribunal superior, ainda que não sumulada. Essa nova sistemática teve como escopo desafogar as pautas dos tribunais, possibilitando, assim, maior rapidez nos julgamentos que de fato necessitem de apreciação do órgão colegiado. - O "valor certo" referido no § 2º do art. 475 do CPC deve ser aferido quando da prolação da sentença e, se não for líquida a obrigação, deve-se utilizar o valor da causa, devidamente atualizado, para o cotejamento com o parâmetro limitador do reexame necessário. Precedentes. - Agravo desprovido (STJ - AgRg no REsp nº 1103025/SP, Min.ª Laurita Vaz, 5ª Turma, j. em 29.04.2009);
>
> Agravo regimental em recurso especial. Processual civil. Limitação ao reexame necessário. Art. 475, parágrafo 2º, do código de processo civil. Sentença sem cunho condenatório. Valor da causa não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos. Momento da prolação da sentença. Precedentes. Súmula nº 83/STJ. - O valor da causa é um dos parâmetros utilizados pela lei para restringir o reexame necessário e o momento processual adequado para a verificação do valor limitante é o da prolação da sentença, porquanto é nessa oportunidade que se examina se há ou não a incidência do disposto no art. 475 do Código de Processo Civil. - "[...] Líquido o quantum apurado em sentença condenatória, este valor será considerado para exame do limite em apreço. Ilíquido o valor da condenação ou, ainda, não havendo sentença condenatória, utiliza-se o valor da causa atualizado como critério. Se assim não fosse, esvaziar-se-ia o conteúdo do art. 475, § 2º, do Código de Processo Civil, determinando o reexame necessário todas às vezes em que ilíquido o valor da condenação" (REsp nº 655.046/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, *in* DJ 03.04.2006). - "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula do STJ, Enunciado nº 83). - Agravo regimental improvido (STJ - AgRg no REsp nº 660010/RS, Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, j. em 21.08.2007).

Na espécie, o valor da causa, R$29.396,00 (vinte e nove mil trezentos e noventa e seis reais), (f. 04), é inferior ao patamar estabelecido pelo legislador ordinário para afastar a exigência da remessa necessária.

Assim, incabível o duplo grau obrigatório na espécie e, presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso voluntário.

Apelação.

Cinge-se a controvérsia a aferir se a autora possui direito ao recebimento da indenização, em razão da estabilidade provisória, pelo rompimento do contrato de trabalho temporário em período gestacional, e se tal valor deve refletir no pagamento de 13º salário, férias proporcionais e 1/3 (um terço) de férias.

Ab initio, cumpre registrar que a requerente foi contratada pelo Município de União de Minas, para exercer a função de psicóloga, no período de 1º.08.2013 a 20.12.2013.

Nesse contexto, a relação jurídica mantida entre as partes não é regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, haja vista a natureza administrativa da contratação.

Por conseguinte, ainda que não tenha se submetido a concurso público, a autora enquadrou-se no conceito de servidora pública durante o período em que laborou para a municipalidade, sendo-lhe aplicáveis as normas do Direito Administrativo.

Por sua vez, o art. 39, § 3º, da Constituição Federal estendeu aos servidores direitos sociais próprios dos empregados celetistas, em destaque, a licença à gestante, prevista no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal.

Acrescenta-se que o art. 10, II, alínea *b*, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal vedou a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez, até os cinco meses após o parto.

Sobre o tema, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

> Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Servidora pública gestante. Contratação temporária. Direito à estabilidade provisória. Art. 10, inciso II, alínea *b*, do ato das disposições constitucionais transitórias. ADCT. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento (STF - Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 669959/AM, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, *DJe* de 04.10.2012).

No mesmo norte, julgados do TJMG:

> Constitucional e administrativo. Servidora pública. Função pública. Contrato temporário. Vínculo precário. Gravidez. Dispensa ao fim do período pactuado. Indenização pelo período da licença-maternidade. Admissibilidade. Aplicabilidade dos arts. 7º, XVIII, 39, § 3º, da CF, e 10, II, *b* do ADCT. Prorrogação por mais sessenta dias. Impossibilidade. Irretroatividade da Lei nº 18.879/10. Procedência parcial do pedido. - A servidor contratada temporariamente pelo poder público tem direito à licença-maternidade, e, por conseguinte, sua dispensa ao final do contrato administrativo, não exonera o Estado de pagar-lhe a respectiva indenização. Precedentes. - Não se defere a prorrogação da licença maternidade por sessenta dias se a lei estadual que a autorizou é posterior à licença

> maternidade da autora (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.11.064602-3/001, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, *DJe* de 11.06.2014);
>
> Apelação cível. Ação de cominatória. Contratação temporária. Função pública. Gravidez. Direito à estabilidade provisória e licença maternidade. Rescisão antecipada do contrato de trabalhado. Ausência de prova de justa motivação. Indenização devida. Recurso provido - A funcionária grávida, ainda que contratada temporariamente, tem direito à estabilidade provisória de que trata o art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e aos direitos previstos no art. 39, § 3º, da Constituição da República. - Ausente a prova da justa motivação, a rescisão antecipada do contrato de trabalho temporário de funcionária grávida é irregular e deve ser indenizado. - Apelação cível conhecida e provida para acolher a pretensão inicial (TJMG - Apelação Cível nº 1.0049.10.001563-2/001, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, *DJe* de 24.02.2014).

In casu, os elementos de convicção demonstram que a autora foi dispensada (20.12.2013) quando estava em período gestacional; logo, impõe-se a condenação do réu ao pagamento de indenização substitutiva às verbas salariais devidas desde a dispensa da requerente até o período de cinco meses após o nascimento de seu filho, isto é, 22.02.2015.

Assim, reconhecido o direito da autora à estabilidade provisória, nos termos do art. 10, II, alínea *b*, do ADCT, impõe-se a manutenção da sentença.

Lado outro, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 1066677, em repercussão geral, fixou a seguinte tese (Tema nº 551):

Servidores temporários não fazem jus a décimo terceiro salário e férias remuneradas acrescidas do terço constitucional, salvo (I) expressa previsão legal e/ou contratual em sentido contrário, ou (II) comprovado desvirtuamento da contratação temporária pela Administração Pública, em razão de sucessivas e reiteradas renovações e/ou prorrogações.

Diante disso, considerando válido o contrato por tempo determinado, para atender necessidade temporária e excepcional do serviço (f. 09/10), celebrado conforme as regras previstas na Lei Municipal nº 451/2005 (vigente à época), a apelante não possui direito ao recebimento de 13º salário proporcional, férias proporcionais e adicional de 1/3 de férias, em razão da dispensa, de modo que não há que se falar em reflexos da indenização nessas parcelas.

Assim, o valor da indenização deve corresponder à remuneração auferida pela apelante, conforme TRCT de f. 13, relativo ao período de 20.12.2013(data da dispensa) a 22.02.2015(cinco meses após o nascimento do filho).

Por fim, quanto aos consectários da condenação, após exaustiva discussão sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE(Tema nº 810) e Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. nº 1.270.439/PR e do REsp. nº 1.492.221/PR, concluíram que as condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos sujeitam-se aos seguintes encargos:

(a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001;

(b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E;

(c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E.

Nesse passo, considerando os referidos parâmetros, os valores devidos deverão ser corrigidos monetariamente, desde quando vencida cada parcela, pelo IPCA-E e com incidência de juros de mora, a partir da citação, consoante a remuneração oficial da caderneta de poupança.

Com essas considerações, não conheço da remessa necessária, dou parcial provimento ao recurso, para decotar da condenação os reflexos do pagamento da indenização nas verbas de 13º (décimo terceiro) salário, férias e 1/3 (um terço) de férias.

Lado outro, de ofício, reformo parcialmente a sentença, para determinar que o valor da condenação seja corrigido monetariamente pelo IPCA-E desde quando vencida cada parcela, e incida juros de mora consoante o índice oficial de remuneração básica e aplicados à caderneta de poupança (art. 1º, *f,* da Lei nº 9.494/1997, com redação conferida pela Lei nº 11.960/2009), a partir da citação.

Considerando a sucumbência recursal recíproca, custas pelas partes, na proporção de 80% (oitenta por cento) pelo apelante e 20% (vinte por cento) pela apelada, observada a isenção em relação ao primeiro e a justiça gratuita concedida à segunda.

Incabível a majoração dos honorários advocatícios no presente caso, consoante entendimento adotado pelo STJ no julgamento dos EDcl no REsp nº 1785364/CE.

Votaram de acordo com o Relator as DESEMBARGADORAS MARIA INÊS SOUZA E MARIA CRISTINA CUNHA CARVALHAIS.

Súmula - NÃO CONHECERAM DA REMESSA NECESSÁRIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO E, DE OFÍCIO, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA.

Apelação cível - Sentença ilíquida - Reexame necessário *ex oficio* - Ação de *in rem verso* - Prejudicial de mérito - Prescrição do fundo de direito - Rejeição - Súmula nº 85 do STJ - Prestações sucessivas - Estatuto do magistério do Município de Baependi - Lei Municipal nº 1.924/1997 - Escalonamento percentual por elevação de nível profissional - Reajuste salarial - Devido - Inocorrência de revogação da norma pela Lei Municipal nº 2.653/2006 - Consectários da condenação - Tema nº 810 do STF e tema nº 905 do STJ - Observância - Honorários advocatícios - Fase de liquidação - Art. 85, II, § 4º, do CPC/2015 - Sentença parcialmente reformada

- A sentença que impõe condenação ilíquida em face do ente público está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

- A Súmula n° 85 do STJ prevê que nas relações de trato sucessivo não há perecimento do direito de fundo e a prescrição das parcelas atinge as vencidas antes do quinquênio precedente ao ajuizamento da demanda.

- O Estatuto dos Servidores do Magistério do Município de Baependi entrou em vigor em 18 de Setembro de 1997, com intuito de estabelecer as diretrizes gerais dos cargos da educação, dispondo especificamente sobre as condições para provimento e vencimentos, aplicando a cada categoria seus respectivos percentuais.

- Consoante os Anexos II e III da Lei Municipal nº 1.924/97, a cada elevação de nível profissional dos professores e supervisores pedagógicos deve ocorrer o aumento do percentual.

- Diante da previsão normativa e da omissão da Administração Pública à implementação do escalonamento percentual, mostra-se imperiosa a confirmação da sentença que reconheceu o direito e condenou o Município de Baependi ao reajuste salarial e pagamento das diferenças pretéritas, observada a prescrição quinquenal.

- Em coerência com entendimento firmado pelo STF no RE nº 870947/SE, submetido à repercussão geral (tema 810), aliado ao precedente emanado do STJ, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.495.146/MG, realizado sob o rito dos recursos repetitivos (tema 905), as parcelas vencidas devem ser corrigidas monetariamente segundo índices do IPCA-E, a contar do vencimento de cada parcela, e, ainda, acrescidas de juros de mora, a partir da citação, calculados conforme ditames do art. 1º, *f*, da Lei 9.494/97, com a redação atribuída pela Lei nº 11.960/2009.

- De acordo com o novo Código de Processo Civil, os honorários advocatícios devidos pela Fazenda Pública, em sentença ilíquida, devem ser fixados na fase de liquidação do julgado, nos termos do inciso II, do § 4º do art. 85 do CPC/15.

- Sentença parcialmente reformada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.22.028779-1/001 - Comarca de Baependi - Apelante: Município de Baependi - Apelados: Antônio Luiz da Silva Cassiano, Daniella Paim Silva, Francisca Paula da Silva Santos, Luciana Christiano Pereira, Solange Ferreira Carvalho - 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 REJEITAR A PRELIMINAR AVENTADA EM CONTRARRAZÕES; EM REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO, REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA; PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2022. - *Afrânio Vilela* - Relator.

Voto

DES. AFRÂNIO VILELA - Em exame, recurso de apelação interposto pelo Município de Baependi em face da sentença (doc. de Ordem 63) que, nos autos da "ação de *in rem verso*" proposta por Antônio Luiz da Silva Cassiano e outros julgou procedentes os pedidos iniciais, com base no art. 487, I, do CPC, para: a) condenar o Município de Baependi a implementar aos autores o escalonamento percentual das diferenças salariais existentes entre os diversos níveis de professores, nos termos do anexo II da Lei Municipal nº 1924 de 1997, com os respectivos reflexos decorrentes sobre as verbas que tenham o salário como base de cálculo; b) condenar o réu a pagar aos autores as diferenças salariais, respeitado o prazo prescricional quinquenal anterior ao ajuizamento da ação, com juros de mora segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança e correção monetária segundo o IPCA-E (STJ. 1ª Seção. REsp nº 1495146-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 22.02.2018, recurso repetitivo); c) condenar o réu a recolher em favor das autoras junto ao IBSS todas as diferenças de contribuição previdenciária incidentes sobre as diferenças salariais e respectivos reflexos porventura existentes, respeitado o prazo prescricional quinquenal anterior ao ajuizamento da ação.

A sentença deixou de condenar o Município de Baependi ao pagamento de custas e despesas processuais, em virtude da isenção legal. Todavia, o condenou ao pagamento de honorários de sucumbência, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, tendo em vista a complexidade das causa, mas seu caráter repetitivo, e o acolhimento das teses das autoras, nos termos do

art. 85, § 3º, III, do CPC/15.

Foram interpostos embargos declaratórios, os quais restaram rejeitados.

Nas razões recursais o Município de Baependi alega que a Lei na qual os autores/apelados amparam a pretensão vertida na exordial está derrogada em algumas partes, por sua incompatibilidade com Lei Complementar Municipal nº 2.653/2006 (Estatuto do Servidor Público do Município de Baependi/MG), *"a única e exclusiva em vigência no que diz respeito aos direitos, vantagens, vencimento e remuneração dos servidores públicos de Baependi/MG"*, situação diante da qual é de ser reformada a sentença, com a consequente improcedência dos pedidos. Afirma que deverá ser aplicado o art. 206, § 3º do CC/02, o qual prevê prazo prescricional de três anos e não cinco, nos casos em que houver enriquecimento sem causa. Pelo princípio da eventualidade, pugna pela minoração do patamar atribuído à verba honorária ao percentual mínimo de 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

Contrarrazões conforme (doc de Ordem 81).

Houve distribuição deste Recurso de Apelação ao Desembargador Alberto Vilas Boas, por sorteio. Todavia, em razão da distribuição anterior da Apelação Cível nº 1.0049.15.001232-3/001, os autos foram encaminhados à minha Relatoria, observada a prevenção, nos moldes do art. 79 do Regimento Interno deste eg. Tribunal de Justiça.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso voluntário e, por se tratar de sentença que impôs condenação ilíquida em face da fazenda pública municipal, com fundamento no art. 496, I, do CPC/2015, de ofício, promovo o reexame necessário.

Preliminar de inovação recursal.

Suscitaram os apelados preliminar de inovação recursal, uma vez que as matérias abordadas nas razões recursais não foram levantadas na primeira instância.

Compulsando os autos, percebe-se que o Município de Baependi, tanto em sua contestação, quanto no Recurso de Apelação, afirmou que a Lei Municipal nº 1.924/97 nunca foi cumprida pela Administração Pública Municipal, uma vez que trouxe acréscimos de até 60% (sessenta por cento) sem qualquer previsão orçamentária e disponibilidade financeira. Também apontou que a lei havia sido derrogada por legislações municipais anteriores.

A peça recursal, ao ser lida, deve propiciar ao julgador a ciência sobre os pontos controvertidos da decisão e quais os fatos e fundamentos que justificam sua reforma. Nela deve estar explicitada a inconformidade da parte com a decisão, possibilitando inferir da peça de irresignação quais os pontos da decisão de primeiro grau sobre o qual pende a manifestação recursal.

Sendo assim, constitui pressuposto objetivo de admissibilidade de qualquer recurso a motivação, consubstanciada na demonstração dos fundamentos de fato e de direito com base nos quais se almeja a reforma da decisão objurgada.

Recurso motivado é aquele que confronta os fundamentos da sentença, mostrando-se hábil e apto ao conhecimento e análise da matéria devolvida ao Tribunal, bem como à defesa do recorrido, em observância ao princípio da dialeticidade.

No caso em questão, confrontando os argumentos trazidos pelo Município de Baependi em sede de apelação com os da contestação, verifica-se que estão em consonância, inclusive, com a sentença, não merecendo prosperar a tese de inovação recursal.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso.

Prejudicial de mérito - prescrição.

A princípio, impõe-se verificar a questão da prescrição.

Extrai-se dos autos que as autoras são servidoras do Município de Baependi, ocupantes do cargo de professora, e pretendem o reconhecimento do direito de perceber sua remuneração nos termos da Lei Municipal nº 1.924/97, ao argumento de que o Município não aplica o escalonamento de remuneração previsto na legislação.

Pois bem.

No caso em comento, verifica-se que o direito pleiteado decorre de omissão administrativa em implementar a remuneração prevista na legislação.

Assim, tem-se que o objeto em discussão não é ato administrativo ou fato isolado datado há mais de cinco anos do ajuizamento da demanda, trata-se de uma demanda em que a pretensão da parte autora abrange prestações periódicas devidas pela municipalidade, não se discutindo o direito propriamente dito, mas a base de cálculo das prestações vencidas que entende fazer jus, mês a mês.

A Súmula nº 85 do STJ prevê que nas relações de trato sucessivo, não há perecimento do direito de fundo e a prescrição das parcelas atinge apenas aquelas vencidas antes do quinquênio precedente ao ajuizamento da demanda.

Com efeito, não há prescrição do fundo de direito, mas apenas das parcelas anteriores aos cinco anos do ajuizamento da ação, nos exatos moldes do entendimento perfilhado pelo Exmo. sentenciante.

Mérito.

Cinge a controvérsia em aferir o acertamento da r. sentença proferida pelo MMº Juiz de Direito da Comarca de Baependi, Lucas Carvalho Murad, que julgou procedente o pedido inicial, com base no art. 487, I, do CPC, para: a) condenar o Município de Baependi a implementar no contracheque das autoras o escalonamento percentual das diferenças salariais existentes entre os diversos níveis de professores, nos termos do anexo II da Lei Municipal nº 1924 de 1997, com os respectivos reflexos decorrentes sobre todas as verbas que tenham o salário como base de cálculo; b) condenar o réu a pagar às autoras as diferenças salariais, respeitado o prazo prescricional quinquenal anterior ao ajuizamento da ação, com juros de mora segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança

e correção monetária segundo o IPCA-E (STJ. 1ª Seção. REsp nº 1495146-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22.02.2018, recurso repetitivo); c) condenar o réu a recolher em favor das autoras junto ao IBSS todas as diferenças de contribuição previdenciária incidentes sobre as diferenças salariais e respectivos reflexos porventura existentes, respeitado o prazo prescricional quinquenal anterior ao ajuizamento da ação.

No caso, pretendem as autoras que o Município de Baependi passe a observar o escalonamento salarial dos professores, em razão de seu aperfeiçoamento profissional, conforme previsto no art. 1º da Lei nº 1.924/97.

O art. 1º da Lei Municipal nº 1.924/1997 - Estatuto do Magistério - dispõe:

> Art.1º. O Presente Estatuto dispõe sobre o pessoal do Magistério do Município de Baependi - MG, com os seguintes objetivos:
>
> I - estabelecer o regime jurídico do pessoal do quadro do Magistério;
>
> II - incentivar a profissionalização do pessoal do Magistério, mediante a criação das condições que amparem e valorizem a concentração de seus esforços no campo de sua escolha;
>
> III - assegurar que a remuneração do professor e dos técnicos da educação seja condizente com a universalização do seu atendimento e remuneração condigna do Magistério, atendidas as avaliações de desempenho e titulação;
>
> IV - garantir a promoção na carreira do professor e do técnico da educação de acordo com o crescente aperfeiçoamento profissional e tempo de serviço, independentemente da atividade em que atuem.

Já em seus anexos II e III, a Lei Municipal nº 1.924/1997 disciplina a composição salarial do Quadro do Magistério. Vejamos:

> CATEGORIAS
>
> CONDIÇÃO PARA PROVIMENTO
>
> VENCIMENTO
>
> REGENTE
>
> LEIGO
>
> VENCIMENTO REGENTE
>
> PROFESSOR I
>
> MAGISTÉRIO
>
> REGENTE + 50%

PROFESSOR II

LICENCIATURA CURTA (INFANTIL E FUNDAMENTAL)

PROFESSOR I + 10%

PROFESSOR III

LICENCENCIATURA PLENA (ENSINO MÉDIO)

PROFESSOR II + 10%

PROFESSOR IV

LICENCIATURA PLENA ACRESCIDA DE PÓS- GRADUAÇÃO

PROFESSOR III + 15%

PROFESSOR V

LICENCIATURA PLENA ACRESCIDA DE MESTRADO

PROFESSOR IV + 20%

PROFESSOR VI

LICENCIATURA PLENA ACRESCIDA DE DOUTORADO

PROFESSOR V + 20%

SUPERVISOR PEDAGÓGICO I (SPI)

HABILITAÇÃO EM SUPERVISÃO PEDAGÓGICA

PROFESSOR IV +20%

SUPERVISOR PEDAGÓGICO II(SPII)

HABILITAÇÃO EM SUPERVISÃO PEDAGÓGICA + PÓS-GRADUAÇÃO

SUPERVISOR SPI + 10%

No Município de Baependi o Estatuto dos Servidores do Magistério entrou em vigor em 18 de Setembro de 1997, com intuito de estabelecer as diretrizes gerais dos cargos da educação, dispondo especificamente sobre as condições para provimento e vencimentos, aplicando a cada categoria seus respectivos percentuais.

Com isso, a cada elevação de nível profissional dos professores e supervisores pedagógicos, dá-se o aumento do percentual.

Ocorre que, pelos contracheques anexados aos autos junto à exordial, verifica-se que os servidores da área da educação não recebem seus vencimentos com base nos Anexos II e III, do Estatuto dos Servidores do Magistério, ao fundamento de que a Lei Municipal nº 1.924/97 não se encontra mais em vigor.

Entretanto, conforme bem salientado na r. sentença, as razões do Município de Baependi não prosperam, inexistindo qualquer motivo para que não seja aplicada a lei em comento.

Primeiramente, porque o Estatuto dos Servidores Públicos - Lei Municipal nº. 2.653 de 2006 - não revogou a Lei Municipal nº. 1.924/97, considerando o art. 181 da referida norma, assim como a Certidão nº. 06/2020, emitida pelo Ilmo. Sr. Secretário Legislativo da Câmara, Adriano Spinelli. Confira-se:

> Art. 181. Revogam-se as disposições em contrário, em especial as leis nº 1.232/87, 1.745/95, 1.823/97, 1.934/97, 1.988/98, 2.020/98, 2.135/99 e 2.249/00.
>
> [...]
>
> Certifico para os devido fins que, atendendo a requerimento protocolado na Secretaria da Câmara sob o nº 422/2020 feito pelo Sr. RÉGIS NASCIMENTO REZENDE, OAB/MG 93.983 e Sra. PAULA JUNQUEIRA DIAS, OAB/MG 157.041, e por Ordem do Exmo. Presidente da Câmara, verifiquei nos arquivos da Câmara Municipal de Baependi a Lei Municipal nº 1.924/1997 que "Dispõe sobre o Estatuto do Magistério Público" juntamente com seus anexos, está em vigor, sendo alterada somente pela Lei Municipal nº 1.945/1997 que alterou a redação do art.63 e revogou o seu parágrafo único, salvo engano. (doc. de Ordem 90).

Logo, sendo o art. 63 do Estatuto do Magistério referente apenas ao regime único estatutário dos servidores, a manutenção do escalonamento percentual, previsto nos Anexos, mostra-se devida.

Não fosse isso, a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade, sendo inviável que deixe de aplicar uma norma vigente e, portanto, o Judiciário deve aplicar a norma válida e legítima.

Assim, há de ser mantida a sentença que determinou que o Município implemente o escalonamento salarial previsto na Lei Municipal n.1.924/97, condenando-o ao pagamento das diferenças salariais devidas, observada a prescrição quinquenal.

Do mesmo modo, é dever do Ente Público Municipal o recolhimento das diferenças de contribuição previdenciária junto ao Instituto Baependiano de Seguridade Social - IBSS -, incidentes sobre as diferenças salariais e respectivos reflexos porventura existentes, observada a prescrição quinquenal.

E nem se fale em ofensa à Súmula Vinculante nº. 37, que dispõe sobre a impossibilidade do Poder Judiciário aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia, porque a adequação salarial dos servidores do Município de Baependi tem amparo em disposição legal, e não no princípio da isonomia.

No mesmo sentido, não cabe ao Ente Público Municipal deixar de aplicar a lei local, argumentando ausência de previsão orçamentária, haja vista que a falta de disponibilidade de rubrica e numerário não configura causa impeditiva, modificativa ou extintiva do direto.

Assim, de se reconhecer a procedência do pedido porque sabido que o adimplemento, em se tratando de condenação judicial contra a Fazenda Pública, não se dá de imediato. Em ambos os procedimentos (Precatório e Requisitório de Pequeno Valor-RPV) há prazos a serem cumpridos e observância à Ordem cronológica de expedição.

Contudo, referidos procedimentos somente ocorrerão se houver uma sentença condenatória determinando o pagamento, que é o que se busca no presente caso.

Considerando, ainda, que o direito em análise foi inserido na legislação local há mais de 25 (vinte e cinco) anos, o Município já deveria ter diligenciado a inclusão destes gastos em seus orçamentos.

Diante disso, os valores que serão implementados nos vencimentos dos professores Municipais de Baependi devem ser incluídos no orçamento para o exercício seguinte do trânsito em julgado deste acórdão, visto que os servidores não podem ser prejudicados pela omissão do Ente Público Municipal.

Com relação aos consectários incidentes sobre o débito da Fazenda Pública, confirmo a r. sentença.

Em coerência com entendimento firmado pelo STF no RE nº 870947/SE, submetido à repercussão geral (Tema nº 810), aliado ao precedente emanado do STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.495.146/MG, realizado sob o rito dos recursos repetitivos (tema 905), as parcelas vencidas devem ser corrigidas monetariamente segundo índices do IPCA-E, a contar do vencimento de cada parcela, e, ainda, acrescidas de juros de mora, a partir da citação, calculados conforme ditames do art. 1º, *f,* da Lei nº 9.494/97, com a redação atribuída pela Lei nº 11.960/2009.

Por derradeiro, merece parcial reforma a r. sentença em relação aos honorários advocatícios, pois tratando-se de sentença ilíquida os honorários advocatícios devem ser fixados na fase de liquidação, *ex vi* do disposto no art. 85, II, § 4º, do CPC/2015.

Pelo exposto, rejeito a preliminar aduzida em contrarrazões e, no reexame necessário promovido de ofício, reformo parcialmente a sentença para que os honorários advocatícios sejam fixados na fase de liquidação da sentença, nos moldes do art. 85, II, § 4º, do CPC/2015. Julgo prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR E MARIA INÊS SOUZA.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR AVENTADA EM CONTRARRAZÕES; EM REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA; PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

• • •

Remessa necessária - Recurso voluntário - Taxa de segurança pública - Serviço de extinção de incêndio - ADI 4411 - Inconstitucionalidade - Modulação dos efeitos - impossibilidade - Compensação dos valores pagos anteriormente à impetração do mandado de segurança - Efeitos patrimoniais - Compensação - Efeitos pretéritos - vedação - STF - Súmulas nº 269 e 271 - STJ - súmula nº 213

- Em conformidade com a tese firmada pelo STF, na ADI 4411 e, em sede de repercussão geral, ao apreciar o RE nº 643.247/SP, a atividade de prevenção e combate a incêndios, inserida no âmbito da segurança pública, deve ser viabilizada mediante a arrecadação de impostos, o que evidencia a inconstitucionalidade da taxa instituída pelo Estado de Minas Gerais.

- Eventual modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade deve ser analisada à luz do que decido pelo STF no julgamento da ADI 4411, sob pena de usurpação da competência da corte superior, constitucionalmente estabelecida. A modulação, portanto, deve ser estabelecida pelo STF, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/1999.

- Inviável, em sede de mandado de segurança, a restituição das quantias pagas em momento anterior à propositura da ação, somente sendo possível a compensação dos valores que foram indevidamente pagos após o ajuizamento do mandado de segurança.

REMESSA NECESSÁRIA-CV Nº 1.0000.21.156603-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara de Feitos Tributários do Estado de Belo Horizonte - Autor: Silvio Bhering - Réu: Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª MARIA INÊS SOUZA

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA NA REMESSA NECESSÁRIA E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de maio de 2022. - *Maria Inês Souza* - Relatora.

Voto

DES.ª MARIA INÊS SOUZA - Cuida-se remessa necessária e recurso voluntário, interposto pelo Estado de Minas Gerais, contra sentença que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por

Silvio Bhering, concedeu a segurança para declarar a inexigibilidade do pagamento da Taxa de Utilização Potencial do Serviço de Extinção de Incêndio, instituída pela Lei Estadual nº 14.938/2003, deferindo a compensação do crédito tributário a partir de 01.08.2017.

O Estado de Minas Gerais, em suas razões recursais, requer a suspensão do feito até o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, dos Embargos de Declaração opostos nos autos da ADI nº 4411, que declarou a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 14.938/2003.

Assevera a constitucionalidade da Lei Estadual nº 14.938/2003, afirmando que a Corte Superior deste Tribunal de Justiça, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.04.404.860-1/000, cuja decisão já transitou em julgado, declarou a constitucionalidade da taxa estadual de combate a incêndio.

Por fim, pleiteia a modulação dos efeitos da sentença (doc. de Ordem 33).

Embora intimado, o Recorrido deixou transcorrer in albis o prazo para apresentação de contrarrazões (doc. de Ordem 37).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador de Justiça Ricardo Emanuel de Souza Mazzoni, opina pela confirmação da sentença na remessa necessária (doc. de Ordem 45).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade subjetivos (legitimidade e interesse recursal) e objetivos (recurso cabível e adequado, tempestivo, dispensado o preparo nos termos do art. 1.007, § 1º, Código de Processo Civil), conheço do recurso interposto.

Nos termos do art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09, conheço da remessa necessária.

Para melhor compreensão da controvérsia recursal, a remessa necessária e o recurso voluntário serão analisados conjuntamente.

Nos termos da Lei nº 12.016/09, art. 1º:

> conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Como cediço, direito líquido e certo, para fins de mandado de segurança, é aquele que pode ser demonstrado mediante prova pré-constituída, pois o procedimento do mandado de segurança não admite dilação probatória.

Assim, a ausência de dúvida quanto à situação de fato, a qual deve ser provada documentalmente, é pressuposto do mandado de segurança. Qualquer incerteza sobre os fatos decreta o descabimento

da reparação da lesão através do mandado de segurança, devendo a parte pleitear seus direitos por meio de ação que comporte a dilação probatória.

> Tratando-se de mandado de segurança que visa ao reconhecimento da ilegalidade da exação, e a consequente compensação dos valores indevidamente recolhidos, o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento, em sede de recurso repetitivo, no sentido de ser suficiente a comprovação de que o Impetrante ocupa a posição de credor tributário (REsp nº 1715256/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, j. em 13.02.2019, *DJe* de 11.03.2019).

Ademais, a impetração dispensa dilação probatória, pois a controvérsia limita-se ao estabelecimento da (in)exigibilidade da Taxa de Utilização Potencial do Serviço de Extinção de Incêndio, instituída pela Lei Estadual nº 14.938/2003, matéria unicamente de direito.

Assim, uma vez demonstrado, por meio de prova pré-constituída, que o ato praticado por autoridade pública ou por quem lhe faça às vezes incorreu em ilegalidade, violando direito individual ou coletivo não amparado por outras ações constitucionais, impõe-se, em tese, a concessão da segurança pretendida.

Pois bem.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.411/MG, entendeu pela inconstitucionalidade da taxa de incêndio prevista no art. 113, IV, da Lei Estadual nº 6.763/1975, inserido pela Lei Estadual nº 14.938/2003.

O entendimento alcançado reafirmou a jurisprudência do STF fixada no julgamento do Tema 16, que concluiu pela inconstitucionalidade da cobrança de taxa pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndios, em acórdão assim ementado:

> Taxa de combate a incêndio. Inadequação constitucional. Descabe introduzir no cenário tributário, como obrigação do contribuinte, taxa visando a prevenção e o combate a incêndios, sendo imprópria a atuação do Município em tal campo (RE nº 643247, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 1º.08.2017, *DJe*-292 DIVULG 18.12.2017, p. em 19.12.2017).

Diante do resultado do julgamento colegiado, foi fixada, à unanimidade, a seguinte tese de repercussão geral:

> A segurança pública, presentes a prevenção e o combate a incêndios, faz-se, no campo da atividade precípua, pela unidade da Federação, e, porque serviço essencial, tem como a viabilizá-la a arrecadação de impostos, não cabendo ao Município a criação de taxa para tal fim.

Não obstante o ato normativo apreciado no RE nº 643247/SP seja municipal, a tese fixada evidencia a consolidação do entendimento no sentido da inconstitucionalidade da taxa instituída para o financiamento da prevenção e combate a incêndios, seja mediante lei municipal ou estadual, em razão de a atividade, que está inserida no âmbito da segurança pública, ter de ser viabilizada mediante arrecadação de impostos.

Nesse sentido, merece destaque o seguinte trecho do voto do Ministro Relator:

> [...] Inconcebível é que, a pretexto de prevenir sinistro relativo a incêndio, venha o Município a substituir-se ao Estado, fazendo-o por meio da criação de tributo sob o rótulo taxa. Repita-se à exaustão - atividade precípua do Estado é viabilizada mediante arrecadação decorrente de impostos, pressupondo a taxa o exercício do poder de polícia ou a utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à disposição. Nem mesmo o Estado poderia, no âmbito da segurança pública revelada pela prevenção e combate a incêndios, instituir validamente a taxa, como proclamou o Supremo, embora no campo da tutela de urgência [...] (RE Nº 643.247/SP)

Endossando esse entendimento, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.908/SE, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade de taxa de incêndio instituída pelo Estado do Sergipe:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Tributário. Lei sergipana nº 4.184/1999. Instituição de taxas remuneratórias de atividades de órgão da segurança pública. Corpo de bombeiros militar. Taxa anual de segurança contra incêndio e de aprovação de projetos de construção. Análise de sistemas de segurança contra incêndio e pânico. Ação direta julgada parcialmente procedente. [...] - A instituição de taxa exige que os serviços públicos por ela remunerados cumulem os requisitos de especificidade e divisibilidade. Os serviços autorizadores de cobrança de taxas não podem ser prestados de forma geral e indistinta a toda a coletividade (uti universi), mas apenas à parcela específica que dele frui, efetiva ou potencialmente, de modo individualizado e mensurável (uti singuli). - A taxa anual de segurança contra incêndio tem como fato gerador a prestação de atividade essencial geral e indivisível pelo corpo de bombeiros, sendo de utilidade genérica, devendo ser custeada pela receita dos impostos. [...] - Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente (STF, ADI nº 2.908/SE, Rel.: Min. Carmén Lúcia, *DJe* de 06.11.2019).

Em sentido convergente, o Superior Tribunal de Justiça, considerando os precedentes referidos, passou a estabelecer a impossibilidade de exigência da exação, por parte do Estado de Minas Gerais:

> Tributário. Recurso ordinário. Taxa de incêndio. Art. 113, IV, da Lei nº 6.763/75, na redação da Lei nº 14.938/2003, ambas do estado de minas gerais. Inadequação constitucional. Ilegitimidade. Julgamento pelo STF. RE nº 643.247/SP. Acórdãos do tribunal de origem e desta corte em confronto com o atual entendimento firmado pelo STF sobre a matéria,

> em julgamento realizado sob o regime da repercussão geral. Juízo de retratação. Art. 543, *b*, § 3º, do CPC/73 (art. 1.040, II, do CPC/2015). Recurso ordinário provido, em juízo de retratação. [...] IV. Do inteiro teor do acórdão paradigma colhe-se que "nem mesmo o Estado poderia, no âmbito da segurança pública revelada pela prevenção e combate a incêndios, instituir validamente a taxa, como proclamou o Supremo, embora no campo da tutela de urgência". Assim, a atual jurisprudência do STJ realinhou o seu posicionamento sobre a matéria, diante do novo entendimento firmado pelo STF, no julgamento do RE nº 643.247/SP, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio e sob regime de repercussão geral, afastando a exigência da taxa de combate a incêndio, instituída pelo art. 113, IV, da Lei nº 6.763/75, na redação da Lei nº 14.938/2003, ambas do Estado de Minas Gerais [...]. (RMS nº 22.632/MG, Rel. Min.ª Assusete Magalhães, 2ª Turma, j. em 07.06.2018, *DJe* de 19.06.2018).

Acrescente-se que não se sustenta a tese de existência de coisa julgada em decorrência do julgamento da ADI nº 1.0000.04.404.860-1/000, pela Corte Superior deste egrégio Tribunal de Justiça, porquanto "*o controle de constitucionalidade estadual não é capaz de produzir reflexos sobre o controle de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal*" (STF - ADI 3.659):

> Constitucional. Controle de constitucionalidade de preceito normativo estadual. Coexistência de processos de fiscalização abstrata no STF e em corte estadual. Trânsito em julgado da decisão do tribunal estadual, afirmando a inconstitucionalidade, por ofensa a norma da constituição do estado reproduzida da constituição federal. Eficácia limitada da decisão, que não compromete o exercício do controle de constitucionalidade pelo supremo tribunal federal. Lei estadual nº 2.778/2002 do estado do amazonas. Limitação de acesso a cargo estadual. Restrição de competitividade incompatível com a constituição. - Coexistindo ações diretas de inconstitucionalidade de um mesmo preceito normativo estadual, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça somente prejudicará a que está em curso perante o STF se for pela procedência e desde que a inconstitucionalidade seja por incompatibilidade com dispositivo constitucional estadual tipicamente estadual (= sem similar na Constituição Federal). - Havendo declaração de inconstitucionalidade de preceito normativo estadual pelo Tribunal de Justiça com base em norma constitucional estadual que constitua reprodução (obrigatória ou não) de dispositivo da Constituição Federal, subsiste a jurisdição do STF para o controle abstrato tendo por parâmetro de confronto o dispositivo da Constituição Federal reproduzido. - São inconstitucionais os arts. 3º, § 1º, 5º, § 4º, e a expressão "e Graduação em Curso de Administração Pública mantido por Instituição Pública de Ensino Superior, credenciada no Estado de Amazonas", inserida no caput do art. 3º da Lei Ordinária nº 2.778/2002 do Estado do Amazonas, por ofensa ao princípio constitucional de igualdade no acesso a cargos públicos (art. 37, II), além de criar ilegítimas distinções entre brasileiros, o que é vedado pela Constituição Federal (art. 19, III). - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente (ADI nº 3659, Rel. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. em 13.12.2018, *DJe*-094, DIVULG 07.05.2019, p. em 08.05.2019).

Embora o acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.411/MG não tenha transitado em julgado, haja vista a oposição de Embargos de Declaração pelo Estado de Minas Gerais, não há falar no sobrestamento do feito até o trânsito em julgado de referida ADI, pois os precedentes firmados pelos Tribunais Superiores, em julgados repetitivos, de repercussão geral, ou de controle concentrado de constitucionalidade, possuem aplicabilidade imediata.

Nesse sentido, conferir, dentre outros, os seguintes julgados:

> Direito tributário. Agravo interno em recurso extraordinário. Repercussão geral. Sistemática. Aplicação. Pendência de embargos de declaração no paradigma. Irrelevância. Julgamento imediato da causa. Precedentes. - A existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes. - Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada da na instância anterior, observados os limites legais do art. 85, § 2º e § 3º, do CPC/2015. - Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015 (RE nº 1112500 AgR, Rel. Roberto Barroso, 1ª Turma, j. em 29.06.2018, *DJe*-163, DIVULG 10.08.2018, p. em 13.08.2018).

> Agravo interno no recurso extraordinário. ICMS. cesta básica. estorno proporcional do crédito. Tema nº 299/STF. existência de embargos de declaração no julgamento da suprema corte. modulação de efeitos. pedido de sobrestamento. impossibilidade. - Quanto ao tema de fundo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 635.688/RS, sob a sistemática da repercussão geral, firmou a tese de que "a redução da base de cálculo equipara-se à isenção parcial, para os fins do art. 155, § 2o, II, da CF/1988, o que viabiliza o estorno proporcional do crédito de ICMS." (Tema 299/STF). - Estando, pois, a decisão proferida pelo órgão fracionário desta Corte em consonância com o mencionado entendimento, não há motivo para a reforma da decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos. - Quanto ao pedido de sobrestamento do feito até eventual modulação da decisão proferida no RE 635.6888/RS, a Suprema Corte possui entendimento no sentido de que a existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma (ARE nº 977.190 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, p. em 23.11.2016).

> Direito administrativo e processual civil. Agravo interno nos embargos de divergência. Juízo de retratação. Repercussão geral. Execução de quantia certa contra a fazenda pública. Juros de mora. Incidência até a data de expedição do precatório. Aplicação - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 579.431/RS, sob a sistemática da repercussão geral, consolidou a tese de que "incidem os juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou precatório". - A existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de processos que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes. - Agravo interno não provido (STJ - AgInt nos EREsp nº 1131877/RS, Rel. Min.ª Nancy Andrighi, Corte Especial, j. em 05.09.2018, *DJe* de 13.09.2018).

Nesse cenário, deve ser mantida a sentença que declarou a inexigibilidade da cobrança de taxa de segurança pública pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndios, prevista no art. 113, IV, da Lei Estadual nº 6.763/75, com a redação da Lei nº 14.938/2003.

Também não merece acolhimento o pedido de modulação dos efeitos da sentença, pois a taxa de incêndio criada pelo Estado de Minas Gerais foi declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em que não foram conferidos efeitos prospectivos.

Eventual modulação deve ser estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 27, da Lei nº 9.868/99, *verbis*:

> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Assim, esta egrégia Corte não detém competência para modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, sendo certo, ademais, que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de lei, em controle concentrado, possui, via de regra, efeitos *ex tunc*.

Sobre o tema, leciona Tereza Arruda Alvim:

> A nosso ver, conforme já sustentamos em trabalho antes publicado, a lei tida como inconstitucional, em controle concentrado, é juridicamente inexistente. De regra, o controle concentrado tem efeitos ex tunc, retroativos, salvo, é claro, se houver modulação, alterando esta dimensão da eficácia da decisão.
>
> O exame da doutrina que deu origem à tese de que a lei inconstitucional é nula revela que a razão de ser deste entendimento estaria em que a lei deveria ter sua higidez comprometida, desde o início. "A eiva da inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. [...]".
>
> A doutrina noticia que a regra de que a decisão de inconstitucionalidade é declaratória e gera efeitos *ex tunc*, comprometendo a norma tida por inconstitucional *ab initio*, tem origem no direito norte-americano. É a doutrina da Judicial Review, firmada no caso Marbury vs. Madison em 1803 [5 U.S. (1 cranch) 137 (1803)].
>
> Exata e precisamente por isso é que, ao nosso ver, a qualificação de juridicamente inexistente cai ainda melhor, se adequa de modo mais perfeito, à situação da lei inconstitucional: natimorta [...] (ARRUDA ALVIM, Teresa. Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, versão digital, sem paginação).

Contudo, o capítulo da sentença que deferiu a compensação do crédito tributário a partir de 1º.08.2017 deve ser reformado.

Com efeito, nos termos da Súmula nº 271 do STF, "a concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria."

Nesse ponto, indispensáveis algumas considerações diante da aparente antinomia entre as Súmulas nº 271 do STF e 213 do STJ, *verbis*:

> STF - Súmula nº 271: Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.
>
> STJ - Súmula nº 213: O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

O mandado de segurança, por se tratar de uma ação mandamental, objetiva gerar uma Ordem judicial dirigida à autoridade impetrada, a fim de coibir a prática de ato considerado ilegal ou inconstitucional em prejuízo da pessoa física ou jurídica impetrante.

Desta forma, não é, de fato, meio idôneo para pleitear a restituição de tributo. Consequentemente, e de acordo com as Súmulas nº 269 e 271 do STF, não cabe ao impetrante, nos autos do mandado de segurança, requerer, após garantido o direito e respeitada a prescrição quinquenal, a restituição de quantia paga indevidamente, visto que esse caminho processual é próprio da ação de conhecimento, em que o provimento jurisdicional pode ir além daquele simplesmente mandamental.

Conclui-se, pois, em interpretação da Súmula nº 213 do Superior Tribunal de Justiça e dos enunciados editados pelo STF, que, após a concessão da segurança, somente será possível a compensação dos valores que foram indevidamente recolhidos após a impetração do mandado de segurança.

Nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> Administrativo. ICMS. Compensação. Utilização do mandado de segurança. Impossibilidade. Enunciado nº 213/STJ. I - Primeiramente, cumpre destacar que o Tribunal de origem concedeu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo contribuinte para "reconhecer o direito da impetrante de excluir da base de calculo de ICMS os valores referentes às mercadorias dadas em bonificação, do momento da impetração para o futuro", tendo em vista não ser possível, pela via mandamental, realizar a compensação dos tributos indevidamente pagos antes da impetração do aludido mandado de segurança. II - Nesse contexto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que, em que pese ser possível, por meio de mandado de segurança, a declaração do direito à compensação de créditos ainda não atingidos pela prescrição (Súmula nº 213 do STJ), a via mandamental não é apta a produzir efeitos patrimoniais pretéritos, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via

judicial própria (Súmula nº 271/STF). Nesse sentido: AgInt no AREsp nº 1.032.984/PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, j. em 21.11.2017, *DJe* de 27.11.2017; AgRg no AREsp nº 593.508/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/3/2015, *DJe* 6/4/2015. III - Agravo interno improvido.(AgInt no REsp nº 1770495/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, j. em 05.09.2019, *DJe* de 16.09.2019).

Agravo regimental. Recurso especial. Processual civil e tributário. Recurso especial. Violação do art. 535, do CPC. Inocorrência. Mandado de segurança. Declaração de direito à compensação tributária. Efeitos patrimoniais pretéritos. Impossibilidade. Súmula nº 271/STF. - O mandado de segurança é instrumento adequado à declaração do direito de compensação de tributos indevidamente pagos (Súmula nº 213/STJ). - Entrementes, a compensação, modalidade extintiva do crédito tributário elencada no art. 156, do CTN, reclama autorização legal expressa para que o contribuinte possa lhe fazer jus, *ex vi* do art. 170, do Codex Tributário. - Consectariamente, a declaração do direito de compensação tributária, em sede de mandado de segurança, pressupõe a existência de lei autorizativa oriunda da Pessoa Jurídica de Direito Público competente para a instituição do tributo. - Outrossim, "a concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria" (Súmula nº 271/STF e precedentes do STJ: EDcl no MS nº 11.513/DF, Rel. Min.ª Laurita Vaz, 3ª Seção, j. em 27.06.2007, DJ de 13.08.2007; RMS nº 21.882/RO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. em 22.05.2007, DJ de 04.06.2007; RMS 19.466/PA, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12.09.2006, DJ 28.09.2006; e REsp nº 447.829/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 23.05.2006, DJ de 02.08.2006). - *In casu*, a sentença, corroborada pelo Tribunal de origem, indeferiu o pedido compensatório, em virtude do óbice contido na Súmula nº 271/STF, ante a constatação de que a pretensão mandamental abrange período anterior à impetração do *writ*. - O acórdão regional explicitou o motivo pelo qual considerou inaplicável, *in casu*, a Súmula nº 213/STJ, qual seja: o óbice inserto na Súmula nº 271/STF, sendo certo que inexiste ofensa ao art. 535, do CPC, quando o órgão julgador pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, não estando o magistrado obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que suficientes os fundamentos utilizados para embasar a decisão. - Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp nº 1006240/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. em 23.04.2009, *DJe* de 25.05.2009).

Agravo em recurso especial. Mandado de segurança. Declaração do direito ao creditamento. Possibilidade. Súmula nº 213/STJ. [...] - A possibilidade de a sentença mandamental declarar o direito à compensação (ou creditamento), nos termos da Súmula nº 213/STJ, de créditos ainda não atingidos pela prescrição não implica concessão de efeitos patrimoniais pretéritos à impetração a fim de chancelar eventual creditamento já realizado pelo contribuinte. O referido provimento mandamental, de natureza declaratória, tem efeitos exclusivamente prospectivos, autorizando a realização do encontro de contas apenas a partir de sua prolação. A esse respeito: EREsp nº 1.020.910/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, *DJe* de 08.06.2010. Em igual sentido: REsp nº 1.596.218/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, *DJe* de 10.08.2016; AgRg no REsp nº 1.365.189/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, *DJe* de 15.04.2014; Edcl nos Edcl no Resp nº 1.215.773/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, *DJe* de

20.06.2014. - Agravo interno não provido (AgInt no AREsp nº 1.032.984/PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, j. em 21.11.2017, *DJe* de 27.11.2017).

Direito tributário e processual civil. Energia elétrica. Incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada. Compensação tributária. Ausência de prequestionamento. Mandado de segurança. Efeitos patrimoniais pretéritos. Impossibilidade. Súmula nº 271/STF. Violação à Súmula nº 213/STJ. Inocorrência. [...] - Esta Corte Superior entende que o Mandado de Segurança é instrumento adequado à declaração do direito de compensação de tributos indevidamente pagos (Súmula nº 213/STJ), desde que não implique na produção de efeitos patrimoniais pretéritos, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria (Súmula nº 271/STF). Precedentes. - Consoante entendimento desta Corte, o Sodalício a quo corretamente indeferiu o pedido compensatório em virtude do óbice contido na Súmula nº 271/STF, por constatar que a pretensão mandamental abrange período anterior à impetração do *writ*. - Agravo Regimental não provido (AgRg no AREsp nº 593.508/BA, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. em 17.03.2015, *DJe* de 06.04.2015).

Assim, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os efeitos financeiros, por ocasião da concessão da segurança, devem retroagir à data de sua impetração, devendo os valores pretéritos ser cobrados em ação própria (STJ - 1ª Turma. AgInt no REsp nº 1481406/GO, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. em 17.04.2018).

Ante o exposto, reformo parcialmente a sentença na remessa necessária, para limitar a compensação do crédito tributário aos valores eventualmente recolhidos a partir da data do ajuizamento da ação, devendo os valores pretéritos ser pleiteados administrativamente ou cobrados em ação própria; e nego provimento ao recurso voluntário.

Custas pela recorrente, ressalvada a isenção legal.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES MARIA CRISTINA CUNHA CARVALHAIS E CAETANO LEVI LOPES.

Súmula - REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA NA REMESSA NECESSÁRIA E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Passe livre - Bhtrans - Pessoa com deficiência - Direito reconhecido

- A proteção conferida às pessoas com deficiência encerra o respeito ao princípio da igualdade sob o prisma material, a fim de que todos sejam tratados com o mesmo respeito e consideração.

- O art. 181, inciso IV, da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte, assegura a gratuidade na utilização das linhas regulares do sistema de transporte coletivo do Município ao portador de deficiência e, quando for o caso, ao seu acompanhante.

- Restando comprovado nos autos que a requerente é portadora de moléstia que implica em dificuldade de sua inserção no meio social em igualdade de condições com as demais pessoas, deve a ela ser reconhecido o direito ao passe livre, extensível ao seu acompanhante, já que o fator impeditivo está relacionado à dificuldade de deambulação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.22.057369-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Jucilene da Silva Jesus Santos - Apelado: Empresa de Transporte e Transito de Belo Horizonte - 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 dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2022. - *Jair Varão* - Relator.

Voto

DES. JAIR VARÃO - Trata-se de apelação cível interposta por Jucilene da Silva Jesus Santos contra a sentença que, nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada pela ora apelante BHTRANS visando a concessão de gratuidade no transporte coletivo fornecido pela requerida.

Em seu recurso, pugna pela reforma da sentença, aduzindo, em síntese, que o ordenamento jurídico pátrio consagra o conceito biopsicossocial de deficiência, devendo-se, portanto, ser analisadas as perspectivas de saúde do ponto de vista biológico, individual, social e participação.

Ressalta que, no caso, as provas documentais produzidas demonstram que é uma pessoa com deficiência física caracterizada por transtornos dissociativos e mentais devido à lesão e disfunção cerebral e à doença física, CIDs F44; F06.

Nesses termos, pede seja dado provimento ao recurso para, reformando a sentença, reconhecer o seu direito à gratuidade no transporte coletivo, determinando-se que a apelada permita o seu deslocamento gratuito nos sistemas de transporte público por ônibus gerenciados pela BHTRANS, com direito a acompanhante.

Devidamente intimado, o apelado apresentou resposta pelo desprovimento do recurso.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pela reformada sentença.

Juízo de admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Juízo de mérito.

Cinge-se a controvérsia na comprovação de ser a apelante deficiente físico para ser beneficiada com o passe livre junto a BHTRANS.

O pedido administrativo foi negado porquanto a ora recorrente foi diagnosticada sendo portadora da CIDs F44; F06. a qual, segundo especialistas da ora recorrida, não possui enquadramento como deficiência física nos termos do Decreto Federal nº. 5.296/04.

Por bem.

Nos termos do art. 181, IV, da Lei Orgânica Municipal de Belo Horizonte:

> Art. 181 - O Município garantirá ao portador de deficiência, nos termos da lei:
>
> [...]
>
> IV - sistema especial de transporte para a frequência às escolas e clínicas especializadas, quando impossibilitado de usar o sistema de transporte comum, bem como passe livre, extensivo, quando necessário, ao acompanhante.

Como dito acima, a controvérsia reside em definir se a moléstia que acomete a parte autora enseja que a ela seja franqueado o passe livre nos termos da legislação supra.

A proteção conferida às pessoas com deficiência encerra o respeito ao princípio da igualdade sob o prisma material, a fim de que todos sejam tratados com o mesmo respeito e consideração.

Acerca do tema, vale registrar que a CF/88, em seu art. 23, inciso II, estabeleceu como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o cuidado da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

De se destacar, ainda, a recente Lei nº 13.146/2015 - Lei Brasileira de Inclusão de Pessoa com Deficiência, que, em seu artigo 2º consagra o conceito de pessoa com deficiência, *in verbis*:

> Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Ou seja, tem-se incorporado no ordenamento pátrio a concepção de que a deficiência não é mais fundada exclusivamente em critérios médicos, mas também relacionada à dificuldade de inserção social do indivíduo em igualdade de condições com as demais pessoas.

No particular, é incontroverso que a autora é portadora das CIDs F44; F06 a qual, ao contrário do sustentado pela recorrida, impõe à recorrente limitação à plena participação no meio social, por ocasionar incapacidade de deambulação, com dor crônica.

Nesse sentido, a manifestação do i. Procurador de Justiça, por meio do parecer colacionado no documento de Ordem 111.

Em síntese, considerando que a situação da parte autora se amolda as hipóteses narradas na norma que assegura o direito ao passe livre, o presente recurso merece provimento.

Por fim, ressalto que, *in casu*, o passe livre deve ser extensível a acompanhante, já que a deficiência desta está relacionada à dificuldade de deambulação.

Dispositivo.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso para, reformando a sentença, julgar procedente o pedido inicial reconhecendo o direito da apelante à gratuidade no transporte coletivo, permitindo-se a ela o deslocamento gratuito nos sistemas de transporte público por ônibus gerenciados pela Bhtrans.

Considerando a simplicidade da causa, com produção de provas apenas documentais, bem como o baixo tempo gasto para deslinde do feito, pouco mais de dois anos, fixo honorários de sucumbência em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já incluídos os honorários recursais, nos termos do art. 85, § 11, do NCPC.

Custas recursais pelo recorrido.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO DINIZ JUNIOR E MAURÍCIO SOARES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo de instrumento - Execução fiscal - IPTU - Promessa de compra e venda - Inexistência de registro da escritura no cartório de registro de imóveis - Responsabilidade tributária do alienante e do adquirente - Inoponibilidade das convenções particulares ao fisco

- O promitente vendedor responde solidariamente ao promitente comprador pelos débitos tributários gerados pelo imóvel enquanto não realizado o registro da escritura no cartório de registro de imóveis. As convenções particulares, em regra, não são oponíveis ao Fisco quando tratarem de responsabilidade pelo pagamento de tributos (art. 123, CTN).

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.22.061987-8/001 - Comarca de Barbacena - Agravante: Roma Imóveis SPE Ltda. - Agravado: Município de Barbacena - Relatora: DES.ª LUZIA PEIXÔTO

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, 23 de junho de 2022. - *Luzia Peixôto* - Relatora.

Voto

DES.ª LUZIA PEIXÔTO - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Roma Imóveis SPE Ltda. contra decisão de Ordem 06, proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Barbacena, nos autos da Execução Fiscal ajuizada em seu desfavor pelo Município de Barbacena, que rejeitou a exceção de pré-executividade apresentada pelo agravante nos termos seguintes:

> [...] A exceção de pré-executividade, construção doutrinária e jurisprudencial, que pode ser arguida por mera petição, trata-se de uma medida jurídica de que o executado pode lançar quando pretender infirmar a certeza, a liquidez ou a exigibilidade do título exequendo, desde que através de inequívoca prova documental, independendo seu oferecimento de prévia segurança do juízo. Destarte, condicionar o exame de matérias relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação ou às nulidades de ordem pública, ao oferecimento de prévia segurança do juízo, seria gerar desnecessários gravames ao devedor, ferindo o espírito da lei de execução, que orienta no sentido de serem afastados (CPC, art. 805). Na linha da jurisprudência consolidada de nossos sodalícios pátrios, as matérias passíveis de serem alegadas em exceção de pré-executividade não são somente as de ordem pública, mas também todos os fatos modificativos ou extintivos do direito

do exequente, desde que comprovados de plano, sem necessidade de dilação probatória, ficando, portanto, ressalvados os casos em que demande ampla investigação probatória (STJ, RESP nº 431256/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. em 16.09.2004, DJ de 13.12.2004, p. 279).

Por outro lado, não é razoável aguardar a necessidade de oposição de embargos ou impugnação à execução para se chegar ao mesmo resultado buscado pelo devedor, na exceção de pré-executividade, a qual tem como fundamentos relevantes os princípios da economia processual e Conforme entendimento consolidado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula n° 393 a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória". Quando há alegação de questão fática controversa, resta evidenciada a necessidade de dilação probatória, sendo cabível a discussão somente em sede de embargos de devedor, mesmo assim depois de garantida a execução (Lei nº 6.830/80, art. 16) (TJMG, AC nº 1.0024.11.726013-3/001, Rel. Des. Versiani Penna, 5ª Câmara Cível, j. em 09.10.2014, p. em 20.10.2014).

Compulsando-se os autos, verifico que a parte executada realizou vários instrumentos particulares de cessão de direitos sobre imóveis, com cláusula prevendo que os recolhimentos fiscais seriam de responsabilidade dos respectivos compradores promitentes.

Entretanto, a propriedade do imóvel não se transfere através de Instrumento Particular de Promessa de Compra e Venda, transferindo-se apenas a posse do bem.

Portanto, considerando que não ocorreu a transferência da propriedade, não restou afastada a legitimidade passiva da parte executada.

Ademais, a propriedade do imóvel se transfere apenas com registro da Escritura Pública de Compra e Venda no Cartório de Registro de Imóveis competente.

É o entendimento jurisprudencial:

Agravo de Instrumento. Execução Fiscal. Exceção de Pré-Executividade. Nulidade da CDA. Inocorrência. Ilegitimidade Passiva. IPTU. Proprietário. Possuidor. Responsabilidade Solidária. - A exceção de pré-executividade é incidente processual de defesa do executado e, ainda que não possua previsão legal, sua utilização encontra amparo na jurisprudência e na doutrina, desde que se limite às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória, nos termos da Súmula nº 393 do Superior Tribunal de Justiça. - Não há nulidade da CDA quando comprovado o preenchimento dos requisitos formais básicos do art. 2º, § 5º, III, da Lei nº 6.830/80 e art. 202, III, do CTN, com indicação do processo administrativo que ensejou a aplicação da multa administrativa. - A propriedade do imóvel se transfere com o registro no cartório de registro de imóveis, razão pela qual a existência de contrato de compra e venda não afasta a legitimidade passiva do contribuinte se este ainda permanece como proprietário legal do imóvel na data do fato gerador. - A responsabilidade pelo recolhimento do IPTU compete ao proprietário do imóvel, ao titular do seu domínio útil, ou ao seu possuidor a qualquer título (art. 34, CTN) (TJMG AI nº 1.0000.21.020776-7/001, Rel. Des. Renato Dresch, 4ª Câmara Cível, j. em 22.07.2021, p. em 23.07.2021).

> No que tange aos honorários advocatícios, "em linha de princípio, na exceção de pré-executividade, cabe a condenação em verba honorária, convindo, porém, fazer a distinção entre a exceção extintiva ou não da execução. Se importar, por iniciativa do devedor, em extinção da execução impõe-se a condenação em verba honorária, eis que caracterizada a sucumbência. Não extinta a execução, a exceção de pré-executividade tem caráter de nímio incidente processual, descabendo impor-se o encargo da verba de patrocínio" (STJ, RESP nº 442156/SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 15.10.2002, DJ de 11.11.2002, p.286, JBCC v.198, p.141).
>
> Isso posto, estribado nestes fatos e fundamentos de direito, rejeito a exceção de pré-executividade.
>
> Não ocorrendo pagamento do débito, no prazo de 15 (quinze) dias, venham os autos conclusos para deliberação a respeito do pedido de penhora online.

Em suas razões recursais, a agravante alega, em síntese, que a execução fiscal é consubstanciada pela cobrança de débitos oriundos de suposto não pagamento de IPTU e outras taxas referentes ao exercício de 2017.

Sustenta ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, por não ser proprietária e nem possuidora das unidades autônomas alvos da cobrança, uma vez que todas foram devidamente adquiridas por terceiros mediante Contratos de Promessa de Compra e Venda e Instrumentos Particulares de Cessão de Direitos sobre Imóvel no ano de 2015, sendo seus adquirentes, portanto, os responsáveis pelo pagamento dos tributos.

Aduz que foi celebrado Termo de Compromisso entre o Condomínio e o Município e que este estaria na iminência de receber o crédito cobrado duas vezes, pois também está cobrando dos compradores do empreendimento o pagamento dos tributos referentes ao IPTU.

Defende que a CDA apresenta equívoco flagrante na indicação do sujeito passivo, fato que gera um lançamento nulo por vício material e, consequentemente, torna o título executivo nulo também.

Requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal para suspender a Execução Fiscal.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso para reformar a decisão agravada.

Preparo recolhido (Ordem 02).

Decisão recebendo o recurso, apenas, em seu efeito devolutivo, sendo indeferido o pedido de antecipação da tutela recursal (Ordem 81).

Contraminuta, à Ordem 82, infirmando a insurgência.

É o relatório.

Admissibilidade.

Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos legais.

Mérito.

Trata-se de ação de execução fiscal movida pelo Município de Barbacena em desfavor de Roma Imóveis SPE Ltda., consubstanciada pela cobrança de débitos oriundos de suposto não pagamento de IPTU e outras taxas referentes ao exercício de 2017.

Em análise dos autos, verifica-se que a decisão agravada merece ser mantida.

A agravante pretende o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva ao fundamento de não ser proprietária e nem possuidora das unidades autônomas alvos da cobrança do IPTU.

Razão não lhe assiste.

É cediço que a transferência da titularidade da propriedade imóvel ocorre com o registro da escritura no Cartório de Registro de Imóveis. Enquanto não efetuado o respectivo registro, tanto o alienante quanto o adquirente poderão ser responsabilizados pelos débitos tributários gerados pelo imóvel.

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1110551/SP, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, consolidou entendimento nesse diapasão:

> Tributário. Execução fiscal. IPTU. Contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Legitimidade passiva do possuidor (promitente comprador) e do proprietário (promitente vendedor). - Segundo o art. 34 do CTN, consideram-se contribuintes do IPTU o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título. - A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU. Precedentes: RESP n.º 979.970/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18.06.2008; AgRg no REsp nº 1022614 / SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ de 17.4.2008; REsp nº 712.998/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ de 08.02.2008; REsp nº 759.279/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 11.9.2007; REsp nº 868.826/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 1º.8.2007; REsp nº 793073/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 20.2.2006. - "Ao legislador municipal cabe eleger o sujeito passivo do tributo, contemplando qualquer das situações previstas no CTN. Definindo a lei como contribuinte o proprietário, o titular do domínio útil, ou o possuidor a qualquer título, pode a autoridade administrativa optar por um ou por outro visando a facilitar o procedimento de arrecadação" (REsp nº 475.078/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 27.9.2004). - Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543, *c*, do CPC e da Resolução STJ 08/08" (REsp nº 1110551/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, j. em 10.06.2009, DJe de 18.06.2009).

Sobre a responsabilidade pelo pagamento de tributos e as convenções particulares, assim dispõe o art. 123 do CTN:

> Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Portanto, a agravante é responsável solidária pelo pagamento do tributo, devendo ser mantida a decisão agravada.

Dispositivo.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JAIR VARÃO E ALBERTO DINIZ JUNIOR.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Mandado de segurança preventivo ITCD - Exigibilidade - Herança - Bens situados no exterior - Art. 155, § 1º, III, *b*, da CF/88 - Art. 1º, § 2º, IV, da Lei Estadual nº 14.941/03 e art. 2º, II, *d*, do Decreto Estadual nº 43.981/05 - regulamentação por Lei Complementar Federal - Necessidade - RE nº 851.108/SP (Tema nº 825 do STF) - Modulação - Cobrança indevida

- O STF, ao julgar o RE nº 851.108/SP (Tema nº 825), sob a sistemática da repercussão geral, definiu que "é vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a edição da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional". Na ocasião, houve a modulação dos efeitos da decisão, para atribuir a eles eficácia *ex nunc*, a contar da publicação daquele acórdão, ressalvando, porém, as ações judiciais pendentes de conclusão até o mesmo momento, nas quais se discuta: (1) a qual estado o contribuinte deve efetuar o pagamento do ITCMD, considerando a ocorrência de bitributação; e (2) a validade da cobrança desse imposto, não tendo sido pago anteriormente. Portanto, versando a discussão dobre cobrança do ITCD ainda não recolhido ao Estado de Minas Gerais, relativo a bens situados no exterior, se aplica a hipótese nº 2 da modulação.

AP CÍVEL/REM NECESSÁRIA Nº 1.0000.22.076818-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: E.M.G. - Apelados: A.L.T., J.L.T., R.L.T. - Interessados: C.A.F.-.1. -.B.H., D.D.F.1. B.H.(.B.-.1.) - Relator: DES. ALBERTO DINIZ JUNIOR

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em CONFIRMAR A SENTENÇA, EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO; JULGAR PREJUDICADO O RECURSO VOLNTÁRIO.

Belo Horizonte, 23 de junho de 2022. - *Alberto Diniz Junior* - Relator.

Voto

DES. ALBERTO DINIZ JUNIOR - Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto contra a sentença de Ordem 40 que, concedeu a ordem, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Alice Licinio Tavares e outros contra ato coator imputado ao Delegado da Delegacia Fiscal de 1º Nível de Belo Horizonte, para "reconhecer o direito dos impetrantes de não serem

tributados pelo ITCD sobre a transmissão por herança dos bens e direitos oriundos do exterior, especificamente ações constantes da Bolsa dos Estados Unidos".

Nas razões recursais de Ordem 43, o Estado alega que a constitucionalidade da incidência do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD sobre herança com inventário no exterior prevista na Lei nº 14.941/03 (art. 1º, § 2º, IV) e no Decreto nº 43.981/05 (art. 2º, II, d) do Estado de Minas Gerais, está pendente de julgamento na ADI 6839, de modo que deve ser recolhido aos cofres públicos, o imposto ora reclamado, até o pronunciamento final do STF.

Contrarrazões à Ordem 46, pela manutenção da sentença.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da remessa oficial e do recurso voluntário.

A matéria debatida nos autos consiste na obrigatoriedade ou não do contribuinte em recolher ao fisco estadual o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Serviços - ITCMD sobre herança no exterior.

Conforme previsão constante do art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, o mandado de segurança é o meio constitucional hábil a proteger direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, em virtude de ato ilegal ou com abuso de poder de autoridade, exigindo-se da parte impetrante prova pré-constituída do alegado direito líquido e certo, independentemente de dilação probatória.

Frise-se que o direito líquido e certo é aquele que deflui de fatos incontroversos, assim entendidos como demonstrados previamente por meio de prova documental. Sobre o tema, destacam-se os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

> [...] quando a lei alude a direito líquido e certo está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior não é líquido e certo para fins de segurança. (in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, São Paulo: Revista dos Tribunais, 21ª ed., 1999, p. 13).

No tocante ao ato ilegal ou com abuso de poder, é aquele praticado por autoridade, em afronta direta à Constituição Federal ou aos atos normativos primários.

Sobre a matéria em discussão, o STF pronunciou-se recentemente através do RE nº 851.108/SP (Tema nº 825), sob a sistemática da repercussão geral, no qual consignou que *"é vedado aos estados*

e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a edição da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional".

Na ocasião, ainda modulou-se os efeitos da decisão, atribuindo a eles eficácia *ex nunc*, a contar da publicação daquele acórdão, ressalvando as ações judiciais pendentes de conclusão até o mesmo momento, nas quais se discuta: (1) a qual estado o contribuinte deve efetuar o pagamento do ITCMD, considerando a ocorrência de bitributação; e (2) a validade da cobrança desse imposto, não tendo sido pago anteriormente.

A propósito, restou ementado o referido acórdão:

> Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Competência suplementar dos estados e do Distrito Federal. Art. 146, III, a, CF. Normas gerais em matéria de legislação tributária. Art. 155, I, CF. ITCMD. Transmissão causa mortis. Doação. Art. 155, § 1º, III, CF. Definição de competência. Elemento relevante de conexão com o exterior. Necessidade de edição de lei complementar. Impossibilidade de os estados e o Distrito Federal legislarem supletivamente na ausência da lei complementar definidora da competência tributária das unidades federativas. - Como regra, no campo da competência concorrente para legislar, inclusive sobre direito tributário, o art. 24 da Constituição Federal dispõe caber à União editar normas gerais, podendo os estados e o Distrito Federal suplementar aquelas, ou, inexistindo normas gerais, exercer a competência plena para editar tanto normas de caráter geral quanto normas específicas. Sobrevindo norma geral federal, fica suspensa a eficácia da lei do estado ou do Distrito Federal. Precedentes. - Ao tratar do Imposto sobre transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD), o texto constitucional já fornece certas regras para a definição da competência tributária das unidades federadas (estados e Distrito Federal), determinando basicamente duas regras de competência, de acordo com a natureza dos bens e direitos: é competente a unidade federada em que está situado o bem, se imóvel; é competente a unidade federada onde se processar o inventário ou arrolamento ou onde tiver domicílio o doador, relativamente a bens móveis, títulos e créditos. - A combinação do art. 24, I, § 3º, da CF, com o art. 34, § 3º, do ADCT dá amparo constitucional à legislação supletiva dos estados na edição de lei complementar que discipline o ITCMD, até que sobrevenham as normas gerais da União a que se refere o art. 146, III, a, da Constituição Federal. De igual modo, no uso da competência privativa, poderão os estados e o Distrito Federal, por meio de lei ordinária, instituir o ITCMD no âmbito local, dando ensejo à cobrança válida do tributo, nas hipóteses do § 1º, incisos I e II, do art. 155. - Sobre a regra especial do art. 155, § 1º, III, da Constituição, é importante atentar para a diferença entre as múltiplas funções da lei complementar e seus reflexos sobre eventual competência supletiva dos estados. Embora a Constituição de 1988 atribua aos estados a competência para a instituição do ITCMD (art. 155, I), também a limita ao estabelecer que cabe a lei complementar - e não a leis estaduais - regular tal competência em relação aos casos em que o "de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve seu inventário processado no exterior" (art. 155, § 1º, III, b). - Prescinde de lei complementar a instituição do imposto sobre transmissão causa mortis e doação de bens imóveis - e respectivos direitos -, móveis, títulos e créditos no contexto nacional. Já nas hipóteses em que há um elemento relevante de conexão com

> o exterior, a Constituição exige lei complementar para se estabelecerem os elementos de conexão e fixar a qual unidade federada caberá o imposto. - O art. 4º da Lei Paulista nº 10.705/00 deve ser entendido, em particular, como de eficácia contida, pois ele depende de lei complementar para operar seus efeitos. Antes da edição da referida lei complementar, descabe a exigência do ITCMD a que se refere aquele art., visto que os estados não dispõem de competência legislativa em matéria tributária para suprir a ausência de lei complementar nacional exigida pelo art. 155, § 1º, inciso III, CF. A lei complementar referida não tem o sentido único de norma geral ou diretriz, mas de diploma necessário à fixação nacional da exata competência dos estados. - Recurso extraordinário não provido. - Tese de repercussão geral: "É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a edição da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional". - Modulam-se os efeitos da decisão, atribuindo a eles eficácia *ex nunc*, a contar da publicação do acórdão em questão, ressalvando as ações judiciais pendentes de conclusão até o mesmo momento, nas quais se discuta: (1) a qual estado o contribuinte deve efetuar o pagamento do ITCMD, considerando a ocorrência de bitributação; e (2) a validade da cobrança desse imposto, não tendo sido pago anteriormente (RE nº 851108, Rel. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 1º.03.2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO *DJe*-074 DIVULG 19.04.2021, p. em 20.04.2021).

O caso em exame atrai a incidência da hipótese n. 2 da modulação mencionada, posto que se discute a validade da cobrança do ITCD ainda não recolhido ao Estado de Minas Gerais, relativo a bens situados no exterior.

Conforme ainda, destacado pelo i. PGJ,

> especificamente no âmbito de Minas Gerais, a ADI 6839 questiona a constitucionalidade do dispositivo mineiro, julgada procedente para declarar, com efeitos *ex nunc* a contar da data da publicação da ata de julgamento, inconstitucionais o inc. IV do § 2º do art. 1º da Lei nº 14.941/2003 e a al. d do inc. II do art. 2º do Decreto nº 43.981/2005 de Minas Gerais. Embora a modulação dos efeitos tenha sido aplicada para que o acórdão tenha eficácia a partir da publicação do acórdão prolatado no RE nº 851.108 (20.04.2021), estando ressalvadas as ações judiciais pendentes de conclusão até o mesmo marco temporal em que se discuta, o processo em tela amolda-se a ressalva contida no acórdão, considerando que encontrava-se pendente de julgamento até a prolação do acórdão.

Ante o exposto, confirmo a sentença, em sede de reexame necessário e julgo prejudicado o recurso voluntário.

Isento o apelado do pagamento das custas recursais, em razão do previsto no art. 10, I, da Lei Estadual nº 14.939/03 devendo, porém, ressarcir o impetrante das despesas judiciais eventualmente adiantadas, nos termos do art. 12, § 3º, da referida lei estadual.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURÍCIO SOARES E LUZIA PEIXÔTO.

Súmula - REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO. RECURSO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO.

Conflito negativo de competência - Ação de indenização por danos morais - Parte ré - CEMIG Distribuição S.A. - Sociedade de economia mista - Inteligência do art 5º, II, da Lei 12.153/09 - rol taxativo de legitimados - IRDR - Remessa juizado especial - Impossibilidade

- O art. 5º, II, da Lei nº 12.153/09 elenca as pessoas que podem figurar na qualidade de réus perante o Juizado Especial, tendo a 1ª Seção Cível deste Tribunal de Justiça, ao analisar o IRDR nº 1.0000.16.056466-2/002, decidido pela taxatividade do referido rol. Verifica-se a incompetência do Juizado Especial para conhecer e processar ação que, malgrado o valor de alçada lhe atribua competência (art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.153/09), fora ajuizada em face da CEMIG DISTRIBUIÇÃO S.A. (sociedade de economia mista).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.0000.21.062058-9/000 - Comarca de Montes Claros - Suscitante: Juiz de Direito de UJ - 2º JD Cível de Montes Claros - Suscitado: Juiz de Direito da 1ª Vara Fazenda Pública e Falências de Montes Claros - Interessado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. KILDARE CARVALHO

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em ACOLHER O CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2022. - *Kildare Carvalho* - Relator.

Voto

DES. KILDARE CARVALHO - Trato de Conflito Negativo de Competência em ação declaratória de inexigibilidade de tributo c/c repetição de indébito ajuizada por ANTÔNIO FERRAZ PEREIRA em face do CEMIG DISTRIBUIÇÃO S.A. e OUTRO, tendo como suscitante o Juízo do 2º JD Cível de Montes Claros e suscitado o Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública e Falências da mesma Comarca.

O Juízo suscitante afirma que embora o valor da causa não exceda 60 salários-mínimos, figura no polo passivo da demanda um ente da Administração Pública Indireta, vez que a CEMIG é uma Sociedade de Economia Mista, que não integra o exposto do dispositivo legal que rege os Juizados Especiais da Fazenda Pública. Sustenta que não está previsto na Lei nº 12.153/09, em seu art.

5º, II, causas contra as Sociedades de Economia Mista de quaisquer esferas federativas da Administração Pública.

Por sua vez, o Juízo suscitado aduz que a demanda é de competência absoluta dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Defende que a inclusão da CEMIG DISTRIBUIÇÃO S.A. no polo passivo, por si só, não é suficiente para a permanência do processamento desta demanda perante a Vara especializada.

O Juízo suscitante foi designado para resolver medidas urgentes, conforme decisão contida no documento eletrônico de Ordem 13.

Manifestação da d. Procuradoria-Geral de Justiça à Ordem 16, pela desnecessidade de intervenção ministerial no feito.

Esse o relatório. Passo a decidir.

Depreende-se dos autos que Antônio Ferraz Pereira ajuizou uma ação declaratória de inexigibilidade de tributo c/c repetição de indébito em face da Cemig Distribuição S.A. e do Estado de Minas Gerais, visando a declaração de inexistência de relação-jurídica com as requerentes quanto ao recolhimento do ICMS incidente sobre as tarifas de uso do sistema de transmissão (TUST), distribuição (TUSD) e Encargos Setoriais. Além disso, pediu a condenação dos réus a se abster de cobrar ICMS sobre essas parcelas a partir do trânsito em julgado da ação.

A referida ação foi inicialmente distribuída para o Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública e Falências da comarca de Montes Claros, tendo o d. Magistrado declinado da competência para conhecer do feito ao Juízo do 2º JD Cível da mesma comarca.

Pois bem.

A Lei nº 12.153/09 dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

O diploma federal atribuiu aos Juizados Especiais da Fazenda Pública a competência absoluta para conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.

Com efeito, o art. 5º da referida Lei nº 12.153/09 estabelece, em seus incisos I e II, de forma taxativa, a legitimação ativa e passiva para acionar a jurisdição especializada dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, *in verbis*:

> Art. 5º Podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública:
>
> I - como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006;
>
> II - como réus, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas.

Da leitura do supracitado art., depreende-se que podem figurar como parte ré no Juizado Especial os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas.

A esse respeito, destaca-se que apenas as pessoas jurídicas elencadas no inciso II, do art. 5º, da Lei nº 12.153/09, podem figurar no Juizado Especial na qualidade de réus, por força da taxatividade do referido rol, conforme decidido pela 1ª Seção Cível deste Tribunal de Justiça, ao analisar o IRDR nº 1.0000.16.056466-2/002. Veja-se:

> Incidente de resolução de demandas repetitivas. Ações consumeristas propostas em face de Cemig distribuição. Comarcas em que possuam varas especializadas da fazenda pública e autarquias. Competência absoluta. Juizado especial da fazenda pública. Art. 5º, II, da Lei nº 12.153/2009. Interpretação extensiva. Inadmissível. Sociedades de economia mista. Inaplicabilidade. - Nas comarcas em que se encontrem instaladas Vara de Fazenda Pública e Autarquias, as ações consumeristas que tenham a Cemig Distribuição S.A. como parte devem ser propostas no referido juízo. 2. As Sociedades de Economia Mista, por não constarem do rol taxativo do inciso II, do art. 5º, da Lei 12.153/2009, não podem figurar no polo de demanda proposta perante o Juizado Especial da Fazenda Pública, independente do valor atribuído à causa (TJMG - IRDR - Cv nº 1.0000.16.056466-2/002, Rel. Des. Afrânio Vilela, 1ª Seção Cível, j. em 19.09.2018, p. em 19.10.2018).

No caso em apreço, observa-se que a ação originária foi ajuizada em face da Cemig Distribuição S.A., que é uma sociedade de economia mista.

Para que não haja dúvida quanto à natureza jurídica da CEMIG, confira-se o estatuto social extraído do sítio eletrônico da própria companhia (*https://www.cemig.com.br/wp-content/uploads/2020/07/estatuto-social-cemig-distribuicao.pdf*), no qual se encontra definida a composição dessa sociedade:

> Art. 1º - A Cemig Distribuição S.A. é uma sociedade por ações, constituída como subsidiária integral da sociedade de economia mista Companhia Energética de Minas Gerais S.A. - CEMIG, que será regida pelo presente Estatuto Social e pela legislação aplicável.

Dessarte, diante do rol taxativo do art. 5º, II, da Lei nº 12.153/09, e sendo a Cemig Distribuição S.A. uma sociedade de economia mista, entendo que a ação originária não pode ser processada e julgada no âmbito do Juizado Especial.

Saliente-se, ainda, que a Lei Complementar nº 59/2001, que trata da Organização e Divisão Judiciária do Estado de Minas Gerais, em seu art. 59, estabelece a competência das Varas de Fazenda Pública e Autarquias para processar e julgar causas cíveis em que figurem como parte as sociedades de economia mista, ressalvada a competência dos Juizados Especiais que, no caso, não se verifica. Confira-se:

> Art. 59. Compete a Juiz de Vara de Fazenda Pública e Autarquias processar e julgar causas cíveis em que intervenham, como autor, réu, assistente ou opoente, o Estado, os municípios, suas autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas, ressalvada a competência dos Juizados Especiais Cíveis e da Fazenda Pública, e, onde não houver vara da Justiça Federal, as decorrentes do § 3º - do art.109 da Constituição da República, respeitada a competência de foro estabelecida na Lei processual.

Portanto, apesar do valor atribuído à causa, não se enquadrando a parte ré no rol taxativo previsto no art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.153/09, dever ser mantida, *in casu*, a competência residual da Justiça Comum para processamento e julgamento da presente ação.

À luz de tais considerações, acolho o conflito negativo de competência e declaro competente o juízo da 1ª vara empresarial e de fazenda pública da comarca de montes claros (suscitado), para examinar e julgar o presente feito.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOREIRA DINIZ E ANA PAULA CAIXETA.

Súmula - ACOLHERAM O CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.

Direito constitucional - Direito previdenciário - Direito processual civil - Reexame necessário - Apelação - Mandado de segurança - Juízo de retratação - Art. 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil - Recurso Extraordinário nº 596.701/MG - Militar inativo - Regime previdenciário distinto dos servidores civis - Contribuição previdenciária - Base de cálculo - Integralidade dos proventos - Lei específica - Acórdão que contraria a tese fixada pelo supremo tribunal federal - Juízo de retratação - Sentença reformada

- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 596.701/MG, que deu origem ao Tema nº 160, em sede de repercussão geral, fixou a tese de que "é constitucional a cobrança de contribuições sobre os proventos dos militares inativos, aqui compreendidos os Policiais Militares e o Corpo de Bombeiros dos Estados e do Distrito Federal e os integrantes das Forças Armadas, ainda que no período compreendido entre a vigência da Emenda Constitucional 20/98 e Emenda Constitucional 41/03, por serem titulares de regimes jurídicos distintos dos servidores públicos civis e porque a eles não se estende a interpretação integrativa dos textos dos arts. 40, § 8º e § 12, e art. 195, II, da Constituição da República".

- A Excelsa Corte, no referido julgamento, deixou claro que, ante as distinções existentes entre os serviços prestados pelos servidores públicos civis e militares, justifica-se a existência de um tratamento específico quanto à previdência social dos militares, a ser regulado por meio de lei específica.

- No âmbito do Estado de Minas Gerais, a Lei Estadual nº 10.366/90 dispõe sobre o instituto de previdência dos servidores militares do estado, e prevê que a contribuição previdenciária deve ser dar sobre a integralidade dos proventos, e não somente sobre o montante que ultrapassar o teto do Regime Geral de Previdência Social, conforme o parágrafo 18, do art. 40, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 41/03.

AP CÍVEL/REEX NECESSÁRIO Nº 1.0024.06.201685-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: IPSM INST Previdência Servidores Militares MG, Primeiro, Estado de Minas Gerais, Segundo - Apelado: Raimundo Nonato Ribeiro - Relator: DES. MOREIRA DINIZ

ACÓRDÃO

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REVER O ACÓRDÃO, PARA, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR A SENTENÇA; PREJUDICADA A APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 23 de junho de 2022. - *Moreira Diniz* - Relator.

Voto

DES. MOREIRA DINIZ - Reportando-me ao relatório de f. 135/136, bem como ao acórdão de f. 138/156, acrescento que o Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais - IPSM aviou o recurso extraordinário.

O feito foi a mim encaminho pelo Primeiro Vice-Presidente (f. 322/323), para que, ante o julgamento do Recurso Extraordinário nº 596.701/MG (Tema nº 160 do Supremo Tribunal Federal), em sede de repercussão geral, pudesse exercer eventual juízo de retratação, nos termos do art. 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil.

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

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

No caso, a leitura do acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário em questão permite constatar que a situação enfrentada no Tema nº 160 do Supremo Tribunal Federal se amolda à questão discutida nestes autos.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 596.701/MG, realizado em 20.04.2020, com repercussão geral declarada, e que deu origem ao tema nº 160, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que:

> é constitucional a cobrança de contribuições sobre os proventos dos militares inativos, aqui compreendidos os Policiais Militares e o Corpo de Bombeiros dos Estados e do Distrito Federal e os integrantes das Forças Armadas, ainda que no período compreendido entre a vigência da Emenda Constitucional 20/98 e Emenda Constitucional 41/03, por serem titulares de regimes jurídicos distintos dos servidores públicos civis e porque a eles não se estende a interpretação integrativa dos textos dos arts. 40, § 8º e § 12, e art. 195, II, da Constituição da República.

Confira-se a ementa do referido julgado:

> Constitucional. Administrativo. Militar inativo. Regime previdenciário distinto dos servidores civis. Inaplicabilidade aos militares do disposto nos § 7º e § 8º do art. 40, da CRFB. Cobrança de contribuição previdenciária. Possibilidade. - A Constituição Federal, após as alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais 03/1993 e 18/1998, separou as categorias de servidores, prevendo na Seção II as disposições sobre "Servidores Públicos" e na Seção III, art. 42, as disposições a respeito "dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios", dissociando os militares da categoria "servidores públicos", do que se concluiu que os militares, topograficamente, não mais se encontram na seção dos servidores públicos e etimologicamente não são mais pela Constituição denominados servidores, mas apenas militares. - Há sensíveis distinções entre os servidores públicos civis e os militares, estes classificados como agentes públicos cuja atribuição é a defesa da Pátria, dos poderes constituídos e da ordem pública, a justificar a existência de um tratamento específico quanto à previdência social, em razão da sua natureza jurídica e dos serviços que prestam à Nação, seja no que toca aos direitos, seja em relação aos deveres.

> Por tal razão, é necessária a existência de um Regime de Previdência Social dos Militares (RPSM) distinto dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), sendo autorizado constitucionalmente o tratamento da disciplina previdenciária dos militares por meio de lei específica. Precedentes do STF: RE 198.982/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão; RE nº 570.177, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. - A ausência de remissão, pelo Constituinte, a outros dispositivos do art. 40 no texto do art. 42, §1º, bem como do art. 142, configura silêncio eloquente, como já concluiu a Corte em relação à inaplicabilidade da regra do salário mínimo aos militares, por não fazerem os arts. 42 e 142 referência expressa a essa garantia prevista no art. 7º, IV. É inaplicável, portanto, aos militares a norma oriunda da conjugação dos textos dos arts. 40, § 12, e art. 195, II, da Constituição da República, sendo, portanto, constitucional a cobrança de contribuição sobre os valores dos proventos dos militares da reserva remunerada e reformados. Precedentes do STF: ADO 28/SP, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia; RE nº 785.239-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; ARE nº 781.359-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso; ARE nº 722.381- AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes. - Fixação de tese jurídica ao Tema 160 da sistemática da repercussão geral: "É constitucional a cobrança de contribuições sobre os proventos dos militares inativos, aqui compreendidos os Policiais Militares e o Corpo de Bombeiros dos Estados e do Distrito Federal e os integrantes das Forças Armadas, ainda que no período compreendido entre a vigência da Emenda Constitucional 20/98 e Emenda Constitucional 41/03, por serem titulares de regimes jurídicos distintos dos servidores públicos civis e porque a eles não se estende a interpretação integrativa dos textos dos arts. 40, §§ 8º e 12, e art. 195, II, da Constituição da República." - Recurso extraordinário a que se dá provimento (RE nº 596.701, Rel. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 20.04.2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJ Nº 161 do dia 26.06.2020).

Da análise dos autos, verifica-se que o acórdão objeto deste juízo de retratação fundamentou-se na ausência de autorização constitucional para a cobrança de contribuição previdenciária dos inativos, antes da Emenda Constitucional 41/03, e na possibilidade de aplicação, ao militares, das modificações trazidas pela referida emenda.

Ocorre que a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 160, foi de que os militares são detentores de regime jurídico distinto dos servidores públicos civis, devendo ser aplicado aos militares somente as disposições expressamente previstas na Constituição Federal, não se estendendo a eles, indistintamente, as regras aplicáveis aos servidores públicos civis.

Nesse sentido, concluiu-se que não se estende aos militares a interpretação integrativa dos textos dos arts. 40, parágrafos 8º e 12, e art. 195, inciso II, da Constituição da República, sendo, portanto, constitucional a incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de militares inativos.

A Excelsa Corte, no referido julgamento, deixou claro que, ante as distinções existentes entre os serviços prestados pelos servidores públicos civis e militares, justifica-se a existência de um tratamento específico quanto à previdência social dos militares, a ser regulado por meio de lei específica.

Nesse sentido, a Lei Estadual nº 10.366/90, que dispõe sobre o instituto de previdência dos servidores militares do estado, estabelece:

> Art. 3º- São segurados do IPSM:
> I- em caráter compulsório:

> a) o militar da ativa, da reserva remunerada, o reformado e o juiz militar do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais;
> [...]
> Art. 4º- O custeio dos benefícios e serviços previstos nesta Lei será mantido por meio de contribuições dos segurados e do Estado, fixadas em percentual do estipêndio de contribuição:
> § 1º A contribuição a que se refere o caput é fixada:
> I - para o segurado, em 8% (oito por cento);
> II - para o Estado, em 20% (vinte por cento).
> [...]

Da leitura dos dispositivos legais acima é possível verificar que há, no âmbito do Estado, lei específica reguladora da previdência dos servidores militares que prevê que a contribuição previdenciária deve ser dar sobre a integralidade dos proventos, e não somente sobre o montante que ultrapassar o teto do Regime Geral de Previdência Social, conforme o parágrafo 18, do art. 40, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 41/03.

Sendo assim, à luz da tese firmada no julgamento do Recurso Extraordinário 596.701/MG (Tema nº 160), extrai-se a conclusão de que a contribuição previdenciária do militar inativo deve se dar nos termos da Lei Estadual nº 10.366/90, ou seja, sobre a integralidade dos proventos.

Portanto, em sede de juízo de retratação, o acórdão deve ser revisto, para que, ante a constitucionalidade da contribuição previdenciária incidente sobre os proventos dos militares inativos e a previsão, em lei estadual específica, de que a contribuição incide sobre a totalidade dos proventos, a segurança seja denegada.

Com tais apontamentos, no exercício do disposto no art. 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, revejo o posicionamento adotado no acórdão, para, em reexame necessário, reformar a sentença, para denegar a segurança; prejudicada a apelação.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais; suspensa a exigibilidade por estar amparada pela gratuidade de justiça.

Não há condenação em honorários advocatícios.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANA PAULA CAIXETA E RENATO DRESCH.

Súmula - REVIRAM O ACÓRDÃO, PARA, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR A SENTENÇA; PREJUDICADA A APELAÇÃO

Incidente - Suspeição - Hipóteses - Parcialidade do magistrado - Falta de provas

- As hipóteses de suspeição estão previstas no art. 145 CPC.

- O acolhimento do incidente de suspeição é hipótese excepcional que implica o afastamento do juiz e a remessa dos autos ao seu substituto legal, sendo portanto, imprescindível que esteja plenamente demonstrada a situação configuradora do risco de parcialidade.

- A parcialidade do magistrado deve ser devidamente comprovada, não podendo ser presumida, especialmente quando a presunção decorre do inconformismo da parte com os fundamentos da decisão.

INCID.SUSP.CÍVEL Nº 1.0000.21.225868-5/000 - Comarca de Itapecerica - Arguente: R.S.S. - Arguido: W.T.R. JD C.I.V.U. - Interessado: L.T.R.J. - Relator: DES. RENATO DRESCH

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR O INCIDENTE DE SUSPEIÇÃO.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2022. - *Renato Dresch* - Relator.

Voto

DES. RENATO DRESCH - Trata-se de exceção de suspeição (ordem 02) arguida por R.S.S., genitora, representada pela advogada Joice Fidelis Gonçalvez, contra o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Itapecerica, Altair Resende de Alvarenga, nos autos do cumprimento de sentença interposto por L.T.R.J, genitor, para regulamentação das visitas à filha S.S.R.J.

A excipiente alega que houve pedido de averiguação formulado pela parte junto à Ouvidoria do TJMG e diante da não instauração de procedimento administrativo em desfavor do magistrado, este se mostrou irresignado com a solicitação e requereu, junto ao Ministério Público da Comarca, por meio de notícia-crime, instauração de inquérito policial em desfavor da procuradora da genitora, executada, por suposto cometimento de crime previsto no art. 339 do Código Penal.

Aduz que a imparcialidade do Juiz é uma garantia fundamental dada às partes litigantes ou a seus advogados, razão pela qual, há permissibilidade de ser arguida a suspeição e impedimento contra o juiz da causa, uma vez evidente qualquer dos motivos estabelecidos no art. 144 e 145 do Código de

Processo Civil. Na possibilidade de ocorrer qualquer desses motivos, o juiz torna-se suspeito para funcionar no processo.

Ressalta que diante dos fatos narrados, o magistrado deve ser considerado suspeito e impedido, conforme previsão legal contida no Código de Processo Civil.

Requereu o acolhimento da exceção de suspeição, reconhecendo a suspeição e impedimento do magistrado Altair Resende de Alvarenga para funcionar nos autos, remetendo-os autos ao substituto legal.

O Juiz excepto em manifestação de Ordem 02 prestou as informações, rejeitando a suspeição, determinando a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça.

Decisão que recebeu o incidente sem efeito suspensivo, nos termos do art. 146, § 2º CPC (ordem 28).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, opinando pela rejeição do incidente de suspeição (Ordem 29).

É o relatório.

Da exceção de suspeição

Conheço da presente exceção de suspeição, porque presentes os pressupostos para a sua admissibilidade.

O incidente de suspeição, previsto no art. 146 CPC, é o incidente processual a ser utilizado quando existir fundada dúvida acerca da imparcialidade ou isenção do Magistrado para o julgamento de determinada causa, sendo suas hipóteses taxativamente previstas no art. 145 CPC, que dispõe:

Há suspeição do juiz:

> I- amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;
>
> II- que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;
>
> III- quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;
>
> IV- interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

As hipóteses previstas no referido dispositivo legal devem ser interpretadas de forma restritiva, sob o ônus de se comprometer a garantia da independência funcional que assiste à autoridade jurisdicional no desempenho de suas funções, exigindo-se que fique evidenciado um prévio comprometimento do julgador para decidir o processo em determinada direção, com a finalidade de favorecer ou prejudicar uma das partes.

No caso em análise, a ação originária trata-se de acordo homologado por sentença em 15.10.2019 (Ordem 06), nos autos do divórcio consensual, foi fixada a guarda compartilhada da criança S.S.R.J., nascida em 03.02.2015.

O genitor ingressou com cumprimento de sentença em 17.03.2020 (ordem 06), informando que a genitora estaria impedindo as visitas paternas.

O cumprimento de sentença tramitou com acompanhamento da família pelo CREAS, através de visitas assistidas nas dependências do Fórum, sendo que desde o início do cumprimento de sentença (março/2020) foram diversas as tentativas para que a criança tivesse convívio com ambos os genitores, já que o casal estipulou a guarda compartilhada da filha, seja por meio de determinação judicial, estipulando dias e horários, seja por meio de visitas assistidas pelo CREAS, o que foi inútil, diante do procedimento dos genitores, que insistem em atacar um ao outro, levando o Juiz a quo a conceder a guarda provisória da criança à tia paterna, o que se afigura medida extrema, diante das inúmeras tentativas de proteção à criança e preservação do seu direito de conviver com ambos os genitores.

O cumprimento de sentença encontra-se atualmente aguardando a elaboração de estudo social na residência da genitora, tendo sido restabelecido o direito de visitas do genitor e suspenso o contato entre a criança e a genitora, ainda que de forma virtual.

Verifica-se que primeiramente, a advogada da genitora, Dr.ª Joice Fidelis Gonçalvez apresentou reclamação, alegando parcialidade do magistrado, já que transferiu a guarda da criança para a tia paterna, indicando, assim, favoritismo, uma vez que o segurança particular do magistrado tem relação de parentesco com o pai da menor e trabalha no Fórum.

O Juiz Altair Resende de Alvarenga informou ter adotado todas as medidas possíveis na tentativa de obter consenso entre as partes em relação às visitas do genitor à filha, mas que no entanto, o comportamento dos genitores trouxe imenso prejuízo à formação da personalidade da criança, tendo acolhido a sugestão do assistente social judicial e determinado a colocação da infante em família extensa, até comprovação de submissão destes a tratamento e acompanhamento psicoterápico.

O Juiz Auxiliar da Corregedoria, Dr. Guilherme Sadi em parecer (Ordem 21), sugeriu o arquivamento do expediente, tendo o Desembargador Agostinho Gomes de Azevedo, Corregedor-Geral de Justiça, determinado o arquivamento dos autos.

A excipiente então opôs a presente exceção de suspeição, alegando que o magistrado determinou a instauração de procedimento de investigação em face da procuradora, que embora não seja uma ação, é indicativo de que o magistrado tornou-se suspeito, enquadrando-se na hipótese do inciso IX do art. 144, CPC.

A exceção de suspeição, prevista no art. 146 CPC, é o incidente processual a ser utilizado quando existir fundada dúvida acerca da imparcialidade ou isenção do Magistrado para o julgamento de determinada causa, sendo suas hipóteses taxativamente previstas no art. 144, CPC.

O art. 146, § 2º CPC dispõe:

> § 2º Distribuído o incidente, o relator deverá declarar os seus efeitos, sendo que, se o incidente for recebido:
>
> I - sem efeito suspensivo, o processo voltará a correr;
>
> II - com efeito suspensivo, o processo permanecerá suspenso até o julgamento do incidente.

Nos termos do art. 313, III, CPC:

> Art. 313. Suspende-se o processo:
>
> [...]
>
> III - pela arguição de impedimento ou de suspeição;

Fredie Didier ensina:

> A arguição de impedimento ou suspeição do juiz ou do órgão colegiado é causa de suspensão do processo (art. 313, III, CPC).
>
> Esse incidente é sempre da competência de um tribunal; assim, será distribuído a um relator, que deverá declarar os efeitos em que recebe o incidente. Se for recebido sem efeito suspensivo, o processo voltará a correr; se com efeito suspensivo, permanecerá suspenso o processo até o julgamento do incidente (art. 146, § 2º CPC). Enquanto não for declarado o efeito em que é recebido o incidente ou quando este for recebido com efeito suspensivo, a tutela de urgência será requerida ao substituto legal do juiz tido como parcial (art. 146, § 3º, CPC) (DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. v. 1, 18. ed., Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 687).

No caso, a excipiente deixou de apontar um ato concreto que denotasse o interesse do magistrado no julgamento do processo em que a excipiente figura como parte, ou qualquer conduta que comprometesse sua imparcialidade na atuação jurisdicional.

A circunstância de o pronunciamento judicial ter contrariado os interesses da parte não enseja por si só a suspeição do juiz, especialmente quando declinados os fundamentos fáticos e jurídicos de seu convencimento, cabendo cabe ressaltar que eventual vício existente na decisão de primeiro grau deve ser sanado pela interposição do recurso adequado, a tempo e modo, e não por meio do incidente de suspeição.

A suspeição deve estar embasada em situação específica que identifique desvio do (a) magistrado (a) no exercício da jurisdição, o que não ocorre no caso em tela.

O fato de o magistrado ter entendimento jurídico contrário àquele defendido por uma por uma parte não redunda em suspeição, até porque isso atentaria ao principio do juiz natural.

Desse modo, o certo é que, na hipótese de juízes exprimirem, na visão das partes, desacertos em suas decisões, quem se achar prejudicado deve se valer dos recursos cabíveis. E em relação tanto à parcialidade, amizade íntima ou inimizade com qualquer das partes, bem como no que diz respeito ao interesse do juiz no julgamento, para torná-lo suspeito, devem ser cabalmente demonstradas essas circunstâncias por fato idôneo o bastante para tanto, pelo que, não existindo tal prova na hipótese em análise, a arguição não tem cabimento.

Ante o exposto, rejeito o presente incidente de suspeição.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO ALEIXO E KILDARE CARVALHO.

Súmula - REJEITARAM O INCIDENTE DE SUSPEIÇÃO.

Juízo de retratação - Art. 1.030, II, do CPC - Apelação cível - Imposto de renda sobre os juros de mora devidos no pagamento de remuneração em atraso - URV e equivalência salarial - Não incidência - Tema nº 808 do STF - Procedência do pedido inicial - Sentença reformada

- Em que pese previsão expressa no art. 16, parágrafo único, da Lei nº 4.506/64, que considera *"rendimentos de trabalho assalariado os juros de mora e quaisquer outras indenizações pelo atraso no pagamento das remunerações"*, à luz do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tal dispositivo encontra-se em desconformidade com o disposto no art. 153, II, da Constituição da República, o qual preconiza que o imposto de renda incida sobre acréscimo patrimonial.

- Conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no Tema nº 808, *"não incide imposto de renda sobre os juros de mora devidos pelo atraso no pagamento de remuneração por exercício de emprego, cargo ou função"*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.16.045934-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Associação dos Magistrados Mineiros, Estado de Minas Gerais - Apelado: Associação dos Magistrados Mineiros, 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 JUÍZO DE RETRATAÇÃO DO ART. 1.030, II, DO CPC, REFORMAR O ACÓRDÃO, PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de junho de 2024. - *Luís Carlos Gambogi* - Relator.

Voto

DES. LUÍS CARLOS GAMBOGI - Inicialmente registro o recebimento de memoriais da parte apelante, subscrito pelos advogados Dr. Arivaldo Resende de Castro Júnior, OAB/MG 109.163, Chinayder Chander Melo Miranda, OAB/MG 102.919 e Anna Flávia Melo Miranda, OAB/MG 143.416.

A hipótese trata de Apelação Cível interposta pela AMAGIS - Associação dos Magistrados Mineiros e Apelação Adesiva interposta pelo Estado de Minas Gerais contra a sentença (eDoc. 52) que, nos autos da Ação de Repetição de Indébito movida pela apelante principal, em face do apelante

adesivo, julgou improcedente o pedido inicial e condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$1.000,00 (um mil reais).

Em suas razões recursais (eDoc. 54), sustenta a autora, ora apelante principal, que os juros moratórios constituem penalidade a ser atribuída ao devedor e se revestem de manifesta índole indenizatória, não constituindo acréscimo patrimonial capaz de atrair a incidência do imposto de renda. Acrescenta que a exclusão dos juros de mora da base de cálculo do Imposto de Renda ainda deriva de determinação legal contida na Lei nº 8.541/91, cujo art. 46, parágrafo 1º, I. Afirma que, mesmo que se reconheça a regularidade da incidência do Imposto de Renda sobre as verbas remuneratórias recebidas a título de URV e Equivalência Salarial, não se há falar em desconto do aludido tributo (IR) sobre os juros moratórios incidentes sobre aquelas importâncias. Alega que é evidente a inconstitucionalidade e a ilegalidade do disposto no art. 55, XIV, do Decreto nº 3.000/99 e no Parágrafo Único, do art. 16 da Lei nº 4.506/1964, por um lado, frente ao comando do inciso III, do art. 153 da CF/1988; e, por outro lado, porque dissonante do inciso III, do art. 43 do CTN c/c o art. 404 do Código Civil. Pede o provimento do recurso, a fim de que sejam julgados procedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões (eDoc. 58).

Apela adesivamente o Estado de Minas Gerais (eDoc. 59), pugnando pela majoração dos honorários advocatícios.

Contrarrazões ao apelo adesivo (eDoc. 61).

Por meio do acórdão ao eDoc. 65, esta Turma Julgadora negou provimento aos recursos, dando ensejo à interposição de Recurso Extraordinário pela Associação dos Magistrados Mineiros (Amagis), em que se discutia questão relativa à incidência de imposto de renda sobre juros de mora recebidos por pessoa física, a título de URV e Equivalência Salarial atrasados.

Em razão do art. 1.030, II, do CPC, o em. Primeiro Vice-Presidente deste Tribunal, Des. José Flávio de Almeida, determinou a remessa dos autos a este Relator, a fim de que a questão fosse novamente apreciada, agora à luz do entendimento firmado pelo STF.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Discute-se nestes autos se o Direito autoriza a incidência de Imposto de Renda sobre os juros moratórios pagos a título de diferenças remuneratórias de URV e Equivalência salarial em atraso.

Depreende-se - em síntese - que os associados da autora, ora apelante, auferiram diferenças remuneratórias que se encontravam em atraso, que foram corrigidos por juros moratórios, o que atraiu a incidência, sobre tais valores, do Imposto de Renda. Inconformados, os associados da autora movimentam o Poder Judiciário como objetivo de esclarecer se sobre os juros moratórios pode mesmo incidir o Imposto de Renda.

Argumentam os associados, por meio da ora autora e apelante, que tal desconto é notadamente inconstitucional por terem referidas verbas natureza indenizatória, isto é, não rendem acréscimo patrimonial.

De início, cabe esclarecer que, apesar de não existir nos autos discussão afeta à prescrição, estou em que, tendo ocorrido o pagamento dos juros moratórios sobre as diferenças de URV e Equivalência Salarial, a partir de novembro de 2011, nesta data teve início o prazo prescricional para a propositura da presente demanda. Portanto, infere-se que não decorrido o prazo da prescrição quinquenal (Decreto nº 20.910/32) quando do ajuizamento da ação, que se deu em 2014.

No que tange à incidência do imposto de renda, dispõe o art. 43 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

> Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:
>
> I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
>
> II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Assim, para fins de incidência de imposto de renda, pontua Roque Antônio Carrazza:

> [...] rendas e proventos de qualquer natureza são os ganhos econômicos do contribuinte gerados por seu capital, por seu trabalho ou pela combinação de ambos e apurados após o confronto das entradas e saídas verificadas em seu patrimônio, num certo lapso de tempo. Dito de outro modo, renda e proventos de qualquer natureza são acréscimos patrimoniais experimentados pelo contribuinte ao longo de um determinado período. Ou, caso prefiramos, são o resultado positivo de uma subtração que tem por minuendo os rendimentos brutos auferidos pelo contribuinte entre dois marcos temporais, e subtraendo o total das deduções e abatimentos que a Constituição e as leis que com ela se afinam permitem fazer (CARRAZZA, Roque Antônio. *Imposto sobre a renda:* perfil constitucional e temas específicos. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 37-38).

No mesmo sentido, afirma Ricardo Alexandre, *in litteris*:

> Apesar de a definição legal de renda ficar ao prudente arbítrio do legislador, a jurisprudência do STF entende que não se pode subverter a ordem natural das coisas e definir na lei, como renda ou provento, algo que não represente, de fato, acréscimo patrimonial, sob pena de tributar o patrimônio e invadir a competência alheia (IPVA, IPTU). Assim, as verbas de natureza indenizatória, por servirem apenas para recompor o patrimônio jurídico dos beneficiários, não o aumentando, não estão sujeitas ao imposto (ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. São Paulo: Método, 2015, p. 559).

Em que pese previsão insculpida no art. 16, parágrafo único, da Lei nº 4.506/64, que considera os "rendimentos de trabalho assalariado os juros de mora e quaisquer outras indenizações pelo atraso no pagamento das remunerações", conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tal dispositivo encontra-se em desconformidade com o disposto no art. 153, II, da Constituição da República, o qual prescreve que o imposto de renda só pode incidir sobre acréscimo patrimonial.

Em verdade, na hipótese, os juros moratórios somam-se às verbas indenizatórias e se destinam a compensar as perdas sofridas pelo credor em virtude do pagamento de seu crédito com atraso, pelo que não se trata, naturalmente, de acréscimo patrimonial.

A espancar qualquer dúvida, cumpre noticiar que a questão foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, por meio do qual se reconheceu a impossibilidade de haver a incidência do imposto de renda sobre os juros de mora devidos pelo atraso no pagamento de remuneração por exercício de emprego, cargo ou função.

Senão, vejamos:

> Recurso extraordinário. Repercussão Geral. Direito Tributário. Imposto de renda. Juros moratórios devidos em razão do atraso no pagamento de remuneração por exercício de emprego, cargo ou função. Caráter indenizatório. Danos emergentes. Não incidência. - A materialidade do imposto de renda está relacionada com a existência de acréscimo patrimonial. Precedentes. - A palavra indenização abrange os valores relativos a danos emergentes e os concernentes a lucros cessantes. Os primeiros, correspondendo ao que efetivamente se perdeu, não incrementam o patrimônio de quem os recebe e, assim, não se amoldam ao conteúdo mínimo da materialidade do imposto de renda prevista no art. 153, III, da Constituição Federal. Os segundos, desde que caracterizado o acréscimo patrimonial, podem, em tese, ser tributados pelo imposto de renda. - Os juros de mora devidos em razão do atraso no pagamento de remuneração por exercício de emprego, cargo ou função visam, precipuamente, a recompor efetivas perdas (danos emergentes). Esse atraso faz com que o credor busque meios alternativos ou mesmo heterodoxos, que atraem juros, multas e outros passivos ou outras despesas ou mesmo preços mais elevados, para atender a suas necessidades básicas e às de sua família. - Fixa-se a seguinte tese para o Tema nº 808 da Repercussão Geral: "Não incide imposto de renda sobre os juros de mora devidos pelo atraso no pagamento de remuneração por exercício de emprego, cargo ou função". - Recurso extraordinário não provido (RE nº 855.091/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, p. em 08.04.2021).

No voto exarado pelo Excelentíssimo Senhor Relator, Ministro Dias Toffoli, assim se posicionou no referido Recurso Extraordinário:

A meu ver, o imposto de renda pode, em tese, alcançar os valores relativos a lucros cessantes, mas não os relativos a danos emergentes. Explico.

Primeiro: não é o *nomen iuris* de certa verba que determina se ela é ou não alcançada pelo IR. O que é necessário verificar é se a verba se enquadra na materialidade da exação. Assim, o simples

fato de ela ser denominada de indenização não afasta, por si só, a incidência do imposto de renda. Segundo: a Constituição exige que o imposto incida sobre acréscimo patrimonial. Mas não é apenas o acréscimo patrimonial advindo do trabalho, do capital ou da combinação de ambos que pode ser alcançado pelo tributo. Terceiro: se os valores recebidos a título de danos emergentes apenas recompõem o patrimônio desfalcado, não o incrementando não há razão para incidir o tributo sobre eles. Quarto: as quantias recebidas a título de lucros cessantes substituem o incremento patrimonial que o lesado normalmente teria se não tivesse ocorrido o dano, hipótese em que, em tese, caracterizado o acréscimo patrimonial, poderia ser tributado pelo imposto de renda.

[...]

A meu sentir, os juros de mora legais, no contexto em tela, estão fora do campo de incidência do imposto de renda, pois visam, precipuamente, recompor efetivas perdas, decréscimos, não implicando aumento de patrimônio do credor. A hipótese, portanto, é de não incidência tributária e não de isenção ou exclusão de base de cálculo.

Impende consignar que o mesmo entendimento fora antes adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Tema 878, em que ficou fixada a seguinte tese:

> Os juros de mora decorrentes do pagamento em atraso de verbas alimentares a pessoas físicas escapam à regra geral da incidência do Imposto de Renda, posto que, excepcionalmente, configuram indenização por danos emergentes - Precedente: RE nº 855.091 - RS.

Assim, em se considerando o caráter vinculante do supracitado precedente judicial, impõe-se reconhecer o dever de o Estado restituir os valores indevidamente descontados, a título de imposto de renda, sobre os juros de mora dos pagamentos de URV e Equivalência Salarial, aos associados da autora.

Tal restituição deverá ser corrigida monetariamente e acrescida de juros moratórios, conforme estabelecido pelo STJ no julgamento do Tema nº 905:

3.3 - Condenações judiciais de natureza tributária.

A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.

Por derradeiro, é de se destacar que, admitida a compensação tributária, nos termos do art. 66, da Lei nº 8.383/91, esta, por se tratar de demanda coletiva, deverá ser analisada de forma individualizada, considerando a situação de cada um dos sujeitos atingidos por esta decisão.

Com tais considerações, em juízo de retratação, próprio do art. 1.030, inciso II, do código de processo civil de 2015, reformo o acórdão para dar provimento ao recurso principal e reformar a sentença para julgar procedente o pedido inicial e, assim, condenar o Estado Minas Gerais a devolver os valores indevidamente retidos, a título de Imposto de Renda, que incidiram sobre as parcelas de juros moratórios decorrentes do pagamento tardio de diferenças remuneratórias (URV e Equivalência Salarial). Fica prejudicado o recurso adesivo.

Por força da reforma da sentença, inverto os encargos sucumbenciais, observadas as isenções legais, fixando os honorários em 20% (vinte por cento) do valor atualizado da causa, considerando o tempo de duração do procedimento, bem como o trabalho e grau de zelo dos patronos da parte autora. Esclareço que considero não ser razoável a fixação dos honorários sobre o valor da condenação, por se tratar de demanda coletiva, em que o efetivo valor da condenação somente será apurado em fase executiva, a qual poderá ser instaurada individualmente.

Custas, na forma da lei.

DES. CARLOS LEVENHAGEN - Acompanho o judicioso voto do e. Relator.

Inicialmente, quanto à prejudicial de prescrição, tratando-se de matéria de ordem pública, cumpre firmar sua inocorrência.

Sobre o tema, para análise do prazo prescricional, aplica-se o princípio da "actio nata", nascendo a pretensão somente a partir do momento em que verificada a ciência inequívoca da lesão ao direito (A propósito: AgRg no AgRg no Ag nº 1362677/PR; REsp nº 1.168.680/MG; REsp nº 1.172.028/RJ e REsp nº 1.089.390/SP).

Com efeito, o direito referente aos juros de mora sobre as parcelas de URV e Equivalência Salarial apenas foi reconhecido em dezembro de 2011, incidindo, somente a partir deste momento, o imposto de renda sobre tais parcelas.

Dessa forma, ajuizada a presente ação em 2014, não há que se falar em prescrição quinquenal.

Ultrapassada tal questão, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 855.091/RS, em regime de repercussão geral, firmou a seguinte tese: *"Não incide imposto de renda sobre os juros de mora devidos pelo atraso no pagamento de remuneração por exercício de emprego, cargo ou função"*.

Dessa forma, na esteira do voto de relatoria, impõe-se, em juízo de retratação, o provimento do recurso de apelação.

É como voto.

DES.ª ÁUREA BRASIL - Manifesto-me de acordo com a conclusão contida no voto do e. Des. Relator, para, em sede de juízo de retratação, dar provimento ao recurso principal.

In casu, no julgamento do recurso de apelação interposto pela parte autora, foi mantida a improcedência do pedido inicial, ao entendimento de que seria cabível a retenção, na fonte, do imposto de renda sobre os juros de mora devidos aos seus associados, por ocasião do pagamento extemporâneo de rendimentos tributáveis (diferenças remuneratórias decorrentes da errônea conversão da moeda nacional em URV), nos precisos termos da jurisprudência do STJ, dominante à época do julgamento do apelo (cf. acórdão à Ordem 65).

Nada obstante, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 855.091/RS, com repercussão geral reconhecida, decidiu que *"não incide imposto de renda sobre os juros de mora devidos pelo atraso no pagamento de remuneração por exercício de emprego, cargo ou função"* (Tema nº 808).

Destarte, impõe-se a observância do precedente vinculante do STF, encampado pela segunda tese repetitiva fixada pelo STJ no REsp nº 1.470.443/PR (Tema nº 878), *in verbis*:

Os juros de mora decorrentes do pagamento em atraso de verbas alimentares a pessoas físicas escapam à regra geral da incidência do IR, posto que, excepcionalmente, configuram indenização por danos emergentes.

Com tais considerações, em juízo de retratação, nos termos do que possibilita o art. 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, acompanho o eminente Relator para dar provimento ao recurso principal, reformando a r. sentença recorrida e julgando procedente o pedido inicial. Prejudicado o apelo adesivo.

Custas e honorários, nos termos do voto de relatoria.

É como voto.

Súmula - EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO DO ART. 1.030, II, DO CPC, REFORMARAM O ACÓRDÃO, PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Mandado de segurança - Serviço de transporte privado e remunerado - Plataforma digital UBER - Preliminares - Inadequação da via processual - Descaracterizada - Legitimidade - diretor da BHTrans - Tema nº 532, do STF - Observância - IRDR nº 1.0000.16.016912-4/002 - RE nº 1.054.110/SP (Tema nº 967, STF) - Autoridade e eficácia vinculante - Mobilidade urbana - Regulação - Lei nº 12.587/12 - Lei municipal nº 10.900/16 - Vício - Ilegalidade - Óbices e barreiras não estabelecidos na legislação federal - Decreto estadual nº 44.035/09 - Eficácia limitada - Comprovação - Garantia constitucional da livre iniciativa e livre concorrência - Direito social ao transporte - Violação caracterizada - Direito líquido e certo - Demonstração - Salvo conduto - Inviabilidade - Qualidade, eficiência, informação e segurança no trânsito - Dever de observância

- Rechaça-se a aventada inadmissibilidade da impetração, quando se constata os efeitos concretos advindos da legislação local à esfera jurídica dos impetrantes.

- Por se integrar de capital social majoritariamente público e exercer atividade própria do Estado, em regime não concorrencial, na esteira do precedente paradigmático do STF (Tema nº 532), denota-se a competência da BHTrans para lavrar auto de infração e cominar penalidades de trânsito, como também do seu Presidente para integrar o polo passivo deste mandado de segurança.

- Direito líquido e certo é aquele comprovado de plano, por documento inequívoco e independentemente de exame técnico e dilação probatória.

- Observada a autoridade e a eficácia vinculante da tese jurídica firmada por este Tribunal de Justiça mineiro, por ocasião do julgamento do IRDR nº 1.0000.16.016912-4/002, a Lei Municipal nº 10.900/16 e o Decreto nº 44.035/09, por criarem empecilhos e óbices à prestação do prestação do serviço de transporte urbano privado e remunerado, via UBER, retratam contrariedade ao regime da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF/88) e livre concorrência (art. 170, IV, da CR/88) e, também, limitam o direito social ao transporte, conforme preconizado pelo art. 6º do referido texto constitucional, a caracterizar a violação a direito liquido e certo de titularidade do impetrante.

- Referida razão de decidir mostra-se consentânea com a fundamentação assimilada pelo STF, no RE nº 1.054.110/SP (Tema nº 967), submetido ao rito da repercussão geral, e na ADPF nº 449.

- Atento aos limites objetivos deste mandado de segurança, no exercício da atividade profissional de transporte privado e remunerado de pessoas ou bens, o impetrante não poderá se valer do presente provimento jurisdicional como um "salvo conduto", para o fim de elidir o cumprimento das regras previstas no CTB e na Lei nº 12.587/12, no que concerne à qualidade, eficiência, informação e segurança no trânsito.

AP CÍVEL/REM NECESSÁRIA Nº 1.0000.21.198490-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte - Apelante: Município de Belo Horizonte - Apelado: Wesley Goncalves Rios - Relator: DES. CARLOS LEVENHAGEN.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR PRELIMINAR, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO E, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR, EM PARTE, A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 19 de maio de 2022. - *Carlos Levenhagen* - Relator.

Voto

DES. CARLOS LEVENHAGEN - Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação aviado pelo Município de Belo Horizonte contra sentença retratada à Ordem 108, proferida pelo MM. Juiz de Direito Mauro Pena Rocha, que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Wesley Gonçalves Rios contra ato do Diretor-geral do Detran/MG; do Comandante do Batalhão da Polícia de Trânsito da Polícia Militar de Minas Gerais; do Comandante Geral da Guarda Municipal de Belo Horizonte e do Diretor Presidente da BHTrans - Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte, após declarar a ilegitimidade da quarta autoridade apontada como coatora, concedeu a ordem, "para determinar que as autoridades coatoras, assim como todos os órgãos, departamentos e agentes subordinados a elas, se abstenham de praticar quaisquer atos ou medidas repressivas que coíbam o Impetrante de exercer sua atividade econômica de transporte individual privado de passageiros através da plataforma virtual Uber, sem prejuízo da fiscalização das condições de conservação e segurança do veículo".

Nas razões recursais (Ordem 127), Município de Belo Horizonte agita, em preliminar, a inadequação da via processual e a falta de interesse do apelado, já que a presente impetração teria por objetivo impugnar lei em tese, em contrariedade ao enunciado da Súmula nº 266, do STF. Com relação ao mérito, pontua a legalidade da autuação fiscalizatória, já que fundada nos incisos I, II e V do art. 30 da CR/1988; no art. 12 e art. 18, da Lei Federal nº 12.587/2012; no art. 231, inciso VIII, art. 107,

art. 135 e art. 230, inciso V, do Código de Trânsito Brasileiro, a descaracterizar a aventada violação ao princípio da livre iniciativa, consagrado no art. 170, da CF/88. Discorre sobre a tese jurídica firmada pelo STF, no julgamento do RE nº 1.054.110/SP (Tema nº 967), a reforçar a possibilidade de regulamentação do serviço pela legislação local. Pugna, ao final, pelo provimento do recurso.

Regularmente intimado, deixou Wesley Gonçalves Rios de apresentar contrarrazões, conforme atesta a certidão de Ordem 133.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de Ordem 137, manifestou pela confirmação da sentença, em reexame necessário.

Intimados do despacho de Ordem 138, Munícipio de Belo Horizonte e Wesley Gonçalves Rios manifestaram, respectivamente, à Ordem 139 e 140.

É o relatório.

Conheço do reexame necessário, na forma prevista pelo § 1º do art. 14 da Lei nº 12.016/09, bem assim do recurso voluntário, vez que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Preliminares.

Inviabilidade da impetração.

Agita o apelante, preliminarmente, a inviabilidade da impetração deste mandado de segurança, porquanto estaria impugnando lei em tese, em contrariedade ao enunciado da Súmula nº 266, do STF.

Nada obstante, se a Lei Municipal nº 10.900/2016, ao regulamentar a prestação do serviço de transporte individual remunerado de passageiros, no âmbito local, repercute na esfera jurídica do impetrante, impõe-se reconhecer que a aludida legislação local possui alcance normativo apto a gerar, concretamente, seus regulares efeitos à esfera jurídica de titularidade do apelado.

Logo, no caso concreto, deve ser rechaçada a incidência do enunciado da Súmula nº 266, do STF.

Assim, rejeito a preliminar.

Da ilegitimidade passiva do presidente da BHTrans

Fundada na inviabilidade da delegação do exercício do poder de policia, já que ostentaria a natureza jurídica de sociedade de economia mista, com personalidade jurídica de direito privado, a sentença declarou a ilegitimidade do Presidente da BHTrans para integrar o polo passivo deste mandado de segurança.

Observa-se, porém, que a declarada ilegitimidade passiva do Presidente da BHTrans discrepa da novel tese jurídica firmada pelo STF, por ocasião do julgamento do RE 633.782/MG (Tema nº 532), submetido ao rito da repercussão geral, *in verbis*:

> É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial (RE 633.782/MG, Tema nº 532).

Ou seja, por se integrar de capital social majoritariamente público e exercer atividade própria do Estado, em regime não concorrencial, na esteira do precedente paradigmático acima mencionado, forçoso concluir não só a competência da BHTrans para lavrar auto de infração e cominar penalidades de trânsito, como também do seu Presidente para integrar o polo passivo deste *writ*.

Logo, por se tratar de matéria de ordem pública, cognoscível em qualquer tempo e grau de jurisdição, que não se sujeita aos efeitos da preclusão, impositiva a declaração da legitimidade do Presidente da BHTrans para integrar o polo passivo deste *writ*, sem que se revele caracterizada contrariedade ao princípio da *reformatio in pejus*.

A propósito:

> Processual civil. Agravo interno no recurso especial. Descontos incondicionais. Distribuidora de bebidas. Ilegitimidade ativa. Questão de ordem pública não sujeita à preclusão. Inexistência de *reformatio in pejus*. - O Superior Tribunal de Justiça registra entendimento de que a legitimidade das partes, por constituir uma das condições da ação, perfaz questão de ordem pública e pode ser alegado a qualquer tempo e grau de jurisdição ou mesmo declarado de ofício, sem que se tenha configurada a *reformatio in pejus*. - O juízo de adequação que os Tribunal ordinários realizam com base na sistemática dos recursos representativos da controvérsia constitui meio idôneo ao exame de questões de ordem pública que possam modificar o resultado do julgamento. - Agravo interno a que se nega provimento (STJ - AgInt no REsp nº 1493974/PE, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma, j. em 19.11.2019, *DJe* de 22.11.2019).

Não se pode olvidar, por fim, considerando o efeito translativo deste processado e que a (i)legitimidade da referida autoridade coatora restou apreciada e decidida, na instância de origem, o presente provimento jurisdicional dispensa a previa intimação das partes, sem caracterizar contrariedade ao princípio da não surpresa.

Assim, declaro a legitimidade do Presidente da BHTrans para integrar o polo passivo do presente mandado de segurança.

Da legitimidade do diretor do DER/MG.

Correta a sentença ao afastar a preliminar de ilegitimidade passiva do Presidente do DER/MG.

Somado ao fato de ostentar a natureza jurídica de autarquia estadual, com autonomia administrativa e financeira, a competência outorgada pelo art. 22, VI, e pelo art. 231, VIII, do CTN, confere ao DER/MG o poder de policia para fiscalização do trânsito e aplicação de penalidades, em sentido

amplo, a retratar que a legitimidade do Diretor da referida entidade autárquica para figurar no polo passivo deste *writ*.

Do mérito.

Em conformidade com o disposto no art. 1º, da Lei nº 12.016/09, que regulamenta o preceito inserto no inciso LXIX do art. 5º da CF/88

> conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (Inciso LXIX do art. 5º da CF/88).

Como sabido, para fins de mandado de segurança, compete ao impetrante demonstrar o direito líquido e certo de sua titularidade e a ilegalidade ou o abuso de poder praticado por autoridade coatora ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Desta forma, direito líquido e certo é aquele comprovado de plano, por documento inequívoco e independentemente de exame técnico e dilação probatória.

A propósito, a autorizada doutrina de José Carvalho Filho elucida:

> [...] direito líquido e certo é aquele que pode ser comprovado de plano, ou seja, aquela situação que permita ao autor da ação exibir desde logo os elementos de prova que conduzam à certeza e à liquidez dos fatos que amparam o direito. Se o impetrante não tem esses elementos logo no início do mandado de segurança, não pode valer-se do instrumento, mas sim das ações comuns (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 1048).

No mesmo sentido, ensina o professor Antônio José de Souza Levenhagen ser o mandado de segurança *"um remédio excepcionalíssimo, cabível exclusivamente em situações nas quais o direito do impetrante se apresente livre de qualquer dúvida"* (LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. Código de processo civil. 14. ed., São Paulo: Atlas, 1996, p. 375).

A questão controvertida consiste em aferir se a regulamentação da prestação do serviço de transporte individual remunerado de passageiros pela Lei Municipal nº 10.900/2016, no âmbito do Município de Belo Horizonte, e pelo Decreto respectivo retrata violação a direito líquido e certo de titularidade do apelado, por eventual contrariedade às garantias constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.

Ao que se infere dos autos, o apelado, motorista da plataforma virtual denominada Uber, impetrou o presente mandado de segurança preventivo, objetivando que as autoridades coatoras abstenham-se de praticar atos e medidas repressivas que coíbam o exercício da referida atividade profissional.

Observa-se, porém, que a 1ª Seção Civil, por ocasião do julgamento do IRDR nº 1.0000.16.016912-4/002, relatado pelo Desembargador Corrêa Júnior, *DJe* de 21.08.2017, por maioria, a par de ter rejeitado o incidente de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 10.900/2016, em razão da sua irrelevância, afastou a eficácia e a aplicabilidade do referido diploma legal à prestação do serviço de transporte, via aplicativo, Uber, em acórdão assim ementado:

> Ementa do relator (tese vencedora): incidente de resolução de demandas repetitivas. Transporte individual remunerado de passageiros. Legalidade. Fiscalização do transporte de passageiros mediado pelo aplicativo Uber. Relevância do tema. Multiplicidade de recursos. Necessidade de pacificação da matéria. Ministério público. Atuação e intimação. Processo eletrônico. Legitimidade ativa da pessoa física afetada pela fiscalização para suscitar o IRDR. Art. 231, CTB. Decreto estadual nº 44.035/2005. Exercício do poder de polícia pelo DEER/MG. Inviabilidade. Aplicabilidade da lei do município de Belo Horizonte (nº 10.900/16) e do Decreto Municipal nº 16.195/16. Lei de Mobilidade Urbana (nº 12.587/12). Transporte individual privado de passageiros. Modalidade distinta do transporte individual público regido pela Lei Federal nº 12.468/11. Lei nº 10.900/16, do município de belo horizonte. Distinção não observada. Ilegalidade do § 1º, do art. 2º, dos incisos I e II, do art. 3º, e do art. 4º e seu parágrafo único, da referida norma local. Inaplicabilidade das sanções estabelecidas aos exercentes do transporte. Consequência lógica. - O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi instituído pelo novel Código de Processo Civil com vistas à pacificação de causas repetidas, que se relacionam por afinidade de questão de direito, com o escopo de solucionar - ou minimizar - a multiplicação irracional desses feitos. - A matéria referente à legalidade do transporte individual de passageiros intermediado pelo aplicativo UBER e à possibilidade de fiscalização pelos órgãos públicos, por aplicação da legislação municipal que regulamenta o tema, bem como do art. 231, do Código de Trânsito Brasileiro, encontra-se replicada em múltiplos processos e merece pacificação, com vistas à garantia da segurança jurídica e da isonomia. - Em se tratando de processo que tramita por meio eletrônico, a intimação pessoal daqueles que atuam no feito, prevista no art. 5º, da Lei nº 11.419/06, é realizada por meio eletrônico em portal próprio àqueles que se cadastrarem na forma do art. 2º, do mesmo diploma, hipótese em que, a propósito, dispensa-se a publicação no órgão oficial. - A inovadora sistemática prevista pelos arts. 976 e seguintes, do Código de Processo Civil, não prevê a manifestação do Ministério Público em momento anterior à instauração do incidente, ficando a análise dos pressupostos de instauração a cargo do órgão colegiado, nos moldes estipulados pelo art. 981, do CPC/2015. - É direta a repercussão dos efeitos da Lei Municipal nº 10.900/2016, do Município de Belo Horizonte, em face dos prestadores do serviço mediado pelas pessoas jurídicas referidas no texto legal, considerada a exigência de que estas realizem o cadastramento daqueles, com a expressa determinação para que o ato se dê apenas entre motoristas e veículos "licenciados" pela BHTrans, consoante se afere do art. 3º, I, do diploma. A exigência afeta diretamente as pessoas físicas relacionadas à prestação de serviço em comento, na medida em que transfere ao órgão público mencionado - BHTrans - a discricionariedade para estabelecer critérios que limitem a livre seleção de colaboradores e veículos. - Os serviços oferecidos pela "Uber do Brasil Tecnologia Ltda." integram uma plataforma de tecnologia construída para relacionar os "Usuários" - pessoas interessadas na utilização não só do serviço

de transporte, mas também de logística e fornecimento de bens - aos interessados em prestar o serviço. - O Decreto Estadual nº 44.035/2005 não legitima o exercício do poder de polícia exercido pelo DEER/MG para a fiscalização dos veículos flagrados prestando o serviço mediado pelo aplicativo Uber, já que a referida legislação se volta apenas à regulação do transporte rodoviário intermunicipal realizado a título de fretamento, em veículos de transporte coletivo na categoria "aluguel". - A Lei nº 10.900/16, do Município de Belo Horizonte, a pretexto de regulamentar o credenciamento de pessoas jurídicas que operam e administram aplicativos destinados à prestação do serviço de transporte individual privado de passageiros, termina por vincular a prestação destes serviços ao mesmo sistema de credenciamento e licenciamento exclusivamente aplicável aos veículos e condutores de táxi do município, providência que se apresenta ilegal, considerada a distinção das atividades em face da Lei de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/12) e da lei que regulamenta a profissão de taxista (Lei nº 12.468/11). - São ilegais, por violarem o art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 12.587/12, e o art. 2º, da Lei nº 12.468/11, o § 1º, do art. 2º, os incisos I e II, do art. 3º, bem como o art. 4º e seu parágrafo único, da Lei Municipal nº 10.900/16, tornando, em consequência, inaplicáveis as penalidades constantes da citada norma aos prestadores do serviço de transporte, nas hipóteses mencionadas nos referidos dispositivos maculados pela ilegalidade. - O vício de ilegalidade que macula as normas insertas na Lei nº 10.900/16, do Município de Belo Horizonte (arts. 2º, §1º, 3º, incisos I e II, e 4º, caput e parágrafo único), desautoriza que se obriguem os prestadores desta modalidade de serviço (transporte individual privado de passageiros exercido por intermédio do aplicativo Uber) ao cumprimento das exigências nela constantes, com a consequente vedação à aplicação das penalidades previstas nos arts. 5º e 6º, da norma acima citada, bem como na Lei Municipal nº 10.309/2011 e no decreto regulamentador (TJMG - IRDR - Cv nº 1.0000.16.016912-4/002, Rel. Des. Corrêa Junior, 1ª Seção Cível, j. em 21.08.2017, p. em 28.08.2017).

Por ocasião do julgamento do mencionado IRDR, a Câmara Especializada deste Tribunal de Justiça firmou a seguinte tese jurídica:

São ilegais, por violarem o art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 12.587/12, e o art. 2º, da Lei nº 12.468/11, o §1º, do art. 2º, os incisos I e II, do art. 3º, bem como o art. 4º e seu parágrafo único, da Lei Municipal nº 10.900/16; - o vício de ilegalidade que macula as normas insertas na Lei nº 10.900/16, do Município de Belo Horizonte (arts. 2º, §1º, 3º, incisos I e II, e 4º, *caput* e parágrafo único), desautoriza que se obriguem os prestadores desta modalidade de serviço (transporte individual privado de passageiros exercido por intermédio do aplicativo UBER) ao cumprimento das exigências nela constantes, com a consequente vedação à aplicação, aos atores acima indicados, das penalidades previstas nos arts. 5º e 6º, da norma acima citada, bem como na Lei Municipal nº 10.309/2011 e no decreto regulamentador; - a referida modalidade de transporte, na seara intermunicipal, não justifica a imposição de qualquer sanção pelo Estado de Minas Gerais, com base no Código de Trânsito Brasileiro (art. 231, VIII), por não se inserir nas hipóteses reguladas pela legislação estadual (Decreto nº 44.035/2005).

Com efeito, na esteira da mencionada tese jurídica, impositivo reconhecer que, por criar óbices que não encontram guarida na Lei nº 12.587/12, que instituiu a Politica Nacional de Mobilidade Urbana, quando determina o prévio cadastramento dos motorista (art. 2º, § 2º e art. 3º, I); estabelece anterior licenciamento dos veículos relacionados à prestação do serviço junto ao poder público municipal (art. 3º, I) e, por fim, comina penalidades administrativas (art. 5º, *caput* e parágrafo único), a Lei Municipal nº 10.900/2016 incorreu em vício de ilegalidade, já que equipara a referida atividade à permissão do serviço de taxi, regulado pela Lei nº 12.468/11, quando, na realidade, subsome ao serviço de transporte privado individual remunerado, regido por regras mais flexíveis, determinadas pelo direito civil e pela autonomia de vontade dos contratantes.

Acresça-se que o art. 12, da Lei nº 12.587/12, ao delegar competência ao poder público municipal para, respectivamente, organizar, disciplinar e fiscalizar os serviços de 'utilidade pública', que se caracterizam como de transporte público coletivo e de transporte público individual, mediante outorga de permissão e concessão, nos termos do art. 175, da CF, e, tampouco, o art. 18, I, do referido diploma legal, sequer alcançaria o serviço de transporte privado remunerado prestado pelo Uber, já que se limita à "parcela da população que atende aos requisitos de utilização exigidos pelo aplicativo e se dispõe a realizar o cadastramento e aderir aos termos impostos pela plataforma de mediação, inclusive no tocante à limitação das formas de pagamento", como asseverado pelo Desembargador Correa Júnior, relator do mencionado precedente.

Igualmente, colhe-se da referida tese jurídica que o Decreto Estadual nº 44.035/06, ao disciplinar a autorização para prestação do serviço fretado de transporte rodoviário intermunicipal, de forma contínua ou eventual, por meio de veículos de aluguel, conforme estabelecido no art. 1º; art. 2º, incisos IV e VIII, seria inaplicável aos veículos afetos à prestação do serviço de transporte urbano privado, via Uber, razão pela qual o DER não poderia se valer da referida legislação local para exercer o poder de policia de fiscalizar e cominar penalidades.

Válido registrar que a superveniente vigência da Lei nº 13.640/18, ao alterar a originária redação da Lei nº 12.587/12, para incluir o transporte privado e remunerado de transporte de pessoas, tal e qual o Uber, no rol da mobilidade urbana, por ter se limitado a estabelecer critérios de qualidade, eficiência, informação e segurança para referida prestação de serviço, não legitimaria a aplicabilidade da Lei Municipal nº 10.900/16 e do Decreto Estadual nº 44.035/09, vez que referidos diplomas extrapolam a referida regulação, estabelecendo barreiras e empecilhos não previstos na aludida legislação federal, sob pena de privilegiar o monopólio do transporte público, seja por táxi ou coletivo, de eficiência questionável, em franca contrariedade ao princípio da livre iniciativa e livre concorrência, notadamente porque o transporte, em sentido amplo, constitui direito social consagrado no art. 6º, da CF/88.

Acrescenta-se que a mencionada tese jurídica mostra-se consentânea com a razão de decidir assimilada pelo STF, por ocasião do julgamento do RE nº 1.054/110, relatado pelo Ministro Roberto Barroso, j. em 09.05.2019, que restou assim ementado:

> Direito constitucional. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Transporte individual remunerado de passageiros por aplicativo. livre iniciativa e livre concorrência. - Recurso Extraordinário com repercussão geral interposto contra acórdão que declarou a inconstitucionalidade de lei municipal que proibiu o transporte individual remunerado de passageiros por motoristas cadastrados em aplicativos como Uber, Cabify e 99. - A questão constitucional suscitada no recurso diz respeito à licitude da atuação de motoristas privados cadastrados em plataformas de transporte compartilhado em mercado até então explorado por taxistas. - As normas que proíbam ou restrinjam de forma desproporcional o transporte privado individual de passageiros são inconstitucionais porque: (i) não há regra nem princípio constitucional que prescreva a exclusividade do modelo de táxi no mercado de transporte individual de passageiros; (ii) é contrário ao regime de livre iniciativa e de livre concorrência a criação de reservas de mercado em favor de atores econômicos já estabelecidos, com o propósito de afastar o impacto gerado pela inovação no setor; (iii) a possibilidade de intervenção do Estado na ordem econômica para preservar o mercado concorrencial e proteger o consumidor não pode contrariar ou esvaziar a livre iniciativa, a ponto de afetar seus elementos essenciais. Em um regime constitucional fundado na livre iniciativa, o legislador ordinário não tem ampla discricionariedade para suprimir espaços relevantes da iniciativa privada. - A admissão de uma modalidade de transporte individual submetida a uma menor intensidade de regulação, mas complementar ao serviço de táxi afirma-se como uma estratégia constitucionalmente adequada para acomodação da atividade inovadora no setor. Trata-se, afinal, de uma opção que: (i) privilegia a livre iniciativa e a livre concorrência; (ii) incentiva a inovação; (iii) tem impacto positivo sobre a mobilidade urbana e o meio ambiente; (iv) protege o consumidor; e (v) é apta a corrigir as ineficiências de um setor submetido historicamente a um monopólio "de fato". - A União Federal, no exercício de competência legislativa privativa para dispor sobre trânsito e transporte (CF/1988, art. 22, XI), estabeleceu diretrizes regulatórias para o transporte privado individual por aplicativo, cujas normas não incluem o controle de entrada e de preço. Em razão disso, a regulamentação e a fiscalização atribuída aos municípios e ao Distrito Federal não podem contrariar o padrão regulatório estabelecido pelo legislador federal. - Recurso extraordinário desprovido, com a fixação das seguintes teses de julgamento: "1. A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; e 2. No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI)" (STF - RE 1054110, Rel. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 09.05.2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL, MÉRITO *DJe*-194 DIVULG 05.09.2019, p. em 06.09.2019).

Neste mesmo sentido, ao julgar a ADPF nº 449/19, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, j. em 08.05.2019, *DJe* de 02.09.2019, o STF julgou procedente o pedido inicial, para declarar a inconstitucionalidade da legislação local de Fortaleza, que também coibia o exercício da referida atividade comercial.

Também, precedentes deste Tribunal de Justiça, que restaram assim ementados:

Apelação. Mandado de segurança. Serviço de transporte privado individual de passageiros. Aplicativo Uber. Livre concorrência. Legislação municipal que restringe a atividade. Inconstitucionalidade. IRDR. Tese firmada. RE nº 1.054.110/SP, supremo tribunal federal. Repercussão geral. Tema nº 967. Segurança concedida. Sentença confirmada. - Conforme decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo do RE nº 1.054.110/SP, decidido em regime de Repercussão Geral (Tema nº 967), "as normas que proíbam ou restrinjam de forma desproporcional o transporte privado individual de passageiros são inconstitucionais porque: (i) não há regra nem princípio constitucional que prescreva a exclusividade do modelo de táxi no mercado de transporte individual de passageiros; (ii) é contrário ao regime de livre iniciativa e de livre concorrência a criação de reservas de mercado em favor de atores econômicos já estabelecidos, com o propósito de afastar o impacto gerado pela inovação no setor; (iii) a possibilidade de intervenção do Estado na ordem econômica para preservar o mercado concorrencial e proteger o consumidor não pode contrariar ou esvaziar a livre iniciativa, a ponto de afetar seus elementos essenciais." - Uma vez firmadas as teses pela Seção Cível deste Tribunal de Justiça, no bojo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, estabelecendo serem ilegais o § 1º, do art. 2º, os incisos I e II, do art. 3º, bem como o art. 4º e seu parágrafo único, da Lei Municipal nº 10.900/16, correta a sentença que concede a segurança reconhecendo o direito líquido e certo do impetrante de se abster de se sujeitar às penalidades previstas em tal legislação e outras correlatas (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.16.016912-4/010, Rel. Des. Kildare Carvalho , 4ª Câmara Cível, j. em 23.09.2021, p. em 24.09.2021).

Apelação cível. Mandado de segurança. Transporte privado de passageiros. Concessão da segurança. Possibilidade de regulamentação pelo município. A legislação municipal não pode contrariar a regulamentação federal. Tese firmada em IRDR pelo TJMG. Tema nº 967/STF. - No julgamento do IRDR Cv nº 1.0000.16.016912-4/002 pela 1ª Seção Cível deste TJMG foi firmada a seguinte teses "- são ilegais, por violarem o art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 12.587/12, e o art. 2º, da Lei nº 12.468/11, o § 1º, do art. 2º, os incisos I e II, do art. 3º, bem como o art. 4º e seu parágrafo único, da Lei Municipal nº 10.900/16; - o vício de ilegalidade que macula as normas insertas na Lei nº 10.900/16, do Município de Belo Horizonte (arts. 2º, § 1º, 3º, incisos I e II, e 4º, *caput,* e parágrafo único), desautoriza que se obriguem os prestadores desta modalidade de serviço (transporte individual privado de passageiros exercido por intermédio do aplicativo UBER) ao cumprimento das exigências nela constantes, com a consequente vedação à aplicação, aos atores acima indicados, das penalidades previstas nos arts. 5º e 6º, da norma acima citada, bem como na Lei Municipal nº 10.309/2011 e no decreto regulamentador; - a referida modalidade de transporte, na seara intermunicipal, não justifica a imposição de qualquer sanção pelo Estado de Minas Gerais, com base no Código de Trânsito Brasileiro (art. 231, VIII), por não se inserir nas hipóteses reguladas pela legislação estadual (Decreto nº 44.035/2005)". - No julgamento do mérito do RE 1054110-RG, o Tribunal Pleno do STF fixou a seguinte tese (Tema nº 967): "I - A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; II - No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI)". - Hipótese dos autos se subsome ao IRDR e ao Tema nº 967/STF (TJMG -

Apelação Cível nº 1.0000.20.573083-1/001, Rel. Des. Renato Dresch, 4ª Câmara Cível, j. em 04.03.2021, p. em 05.03.2021).

Por conseguinte, no caso concreto, observada a autoridade e a eficácia vinculante da tese jurídica firmada por este Tribunal de Justiça Mineiro e pelo STF (Tema nº 967), a vigência da Lei Municipal nº 10.900/16 e do Decreto nº 44.035/09, por criarem empecilhos e óbices à prestação do prestação do serviço de transporte urbano privado, via UBER, retratam contrariedade ao regime da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF/88) e livre concorrência (art. 170, IV, da CR/88) e, também, limitam o direito social ao transporte, conforme preconizado pelo art. 6º do referido texto constitucional, a evidenciar a comprovada violação a direito liquido e certo de titularidade do apelado.

Por fim, atento aos limites objetivos deste mandado de segurança, no exercício da atividade profissional de transporte privado e remunerado de pessoas ou bens, o apelado não poderá se valer do presente provimento jurisdicional como um "salvo conduto" para o fim de elidir o cumprimento das regras previstas no CTB e na Lei nº 12.587/12, no que concerne à qualidade, eficiência e informação e segurança.

Assim, sob qualquer enfoque, a pretensão recursal revela-se insubsistente.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso e, em reexame necessário, reformo, em parte, a sentença tão-somente para declarar a legitimidade do diretor presidente da BHTrans - Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte.

Sem honorários advocatícios.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ÁUREA BRASIL E LUÍS CARLOS GAMBOGI.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO E, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM, EM PARTE, A SENTENÇA.

Juízo de retratação - Apelação cível - Direito administrativo - Contrato temporário - Renovações sucessivas - Nulidade - Caracterização - Direito à remuneração, saldo de FGTS, férias e décimo terceiro salário - Aplicação dos precedentes do STF: RE 658.026, RE 765.320/MG, RE 705.140 e RE 1.066.677/MG - Repercussão geral da matéria reconhecida

- O servidor contratado temporariamente e cuja contratação seja declarada nula fará jus ao recebimento apenas da respectiva remuneração, do saldo de FGTS, férias e décimo terceiro salário (RE 658.026, RE 765.320/MG, RE 705.140 e RE 1.066.677/MG).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.09.309206-9/002 - Comarca de Governador Valadares - 1º Apelante: Estado de Minas Gerais - 2º Apelante: Hermínio Gonçalves de Oliveira - Apelado: Hermínio Gonçalves de Oliveira, Estado de Minas Gerais - Presidente e Relator: DES. VERSIANI PENNA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em JUÍZO DE RETRATAÇÃO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, PREJUDICADA A REMESSA NECESSÁRIA.

Belo Horizonte, 23 de junho de 2022. - *Versiani Penna* - Presidente e Relator.

Voto

DES. VERSIANI PENNA - Cuida-se de juízo de retratação de julgado, a teor do disposto no inciso II, do art. 1.030 do CPC, em relação do reconhecimento, pelo STF de que a contratação por tempo determinado, para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal, não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19, *a,* da Lei nº 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

A d. Turma Julgadora, em acórdão (f. 351/368), reformou a sentença, em remessa necessária, para condenar o Estado de Minas Gerais ao pagamento dos valores referentes às férias, acrescidas do terço constitucional, bem como dos 13º salários, respeitada a prescrição quinquenal, e do adicional noturno e reflexos em 13º e férias, e, ainda, para determinar que a correção monetária seja feita nos termos da Tabela da eg. Corregedoria-Geral de Justiça deste Tribunal, a contar da data em que o pagamento seria devido, acrescida de juros de mora, a partir da citação, pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança.

Em anterior retratação, a correção monetária já foi alterada para o IPCA-E, conforme f. 415/416.

Novamente, o Exmo. Primeiro Vice-Presidente determinou a devolução dos autos à Turma Julgadora, para que seja apreciada a controvérsia debatida no feito, à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal, manifestado nos Temas nº 551 e 810.

Neste passo, em consonância com o exposto pelo eminente Primeiro Vice-Presidente, é aplicável, na espécie, o entendimento esposado no referido julgado, nos termos em que passo a expor.

Conforme cediço, embora prevaleça a regra constitucional que condiciona a investidura em cargo ou emprego público à prévia aprovação em concurso público, nos termos do art. 37, inciso II, a própria Constituição da República autoriza, no inciso IX do referido dispositivo legal, a contratação de servidor por tempo determinado, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, nas hipóteses previamente estatuídas por lei.

Com o escopo de delimitar o âmbito de incidência da referida exceção e evitar a deturpação da regra da submissão a concurso público e, por conseguinte, dos princípios da impessoalidade e da moralidade, o STF, no bojo do Recurso Extraordinário n. 658.026/MG, apreciado sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 612), definiu os pressupostos de validade das contratações temporárias, nos seguintes termos:

> Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu. Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal. Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos. [...]. -. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.

> [...] (STF - RE 658.026/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 09.04.2014, p. em 31.10.2014).

Com efeito, aplicando-se o entendimento do STF no julgamento do RE 658.026 ao caso em apreço, forçoso concluir pela nulidade do vínculo firmado entre a parte autora e a fundação requerida, uma vez que restou incontroverso dos autos que a contratação temporária renovada por anos sucessivos, o que, à evidência, já demonstra a ausência de caracterização da excepcionalidade exigida pela norma Constitucional.

E, neste cenário em que reconhecida a nulidade da contratação, cumpre investigar quais as verbas a que faz jus o contratado durante o período laborado.

Relevante destacar que, conforme vinha reiteradamente decidindo em processos nos quais se discutia o direito de servidores contratados temporariamente, o vínculo estabelecido entre o ente estatal e o trabalhador temporário seria de natureza administrativa, de modo que, na esteira da jurisprudência até então pacificada, o contratado faria jus ao recebimento das parcelas a que têm direito os servidores titulares de cargos públicos, nos termos do art. 39, § 3º, da Constituição da República.

Do mesmo modo, manifestei-me no sentido de que o direito ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço somente se aplicava ao vínculo jurídico empregatício celetista ou como decorrência do que estabelece o art. 19, *a*, da Lei Federal nº 8.036/1990, em razão do reconhecimento da nulidade do vínculo com a Administração Pública, quando adotado o regime trabalhista.

Ocorre que, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 765.320/MG, já transitado em julgado e no qual foi reconhecida a repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento no sentido de que aqueles que prestaram serviço à administração por contratação temporária sem o devido enquadramento nas hipóteses constitucionalmente previstas (o RE 658.026, já mencionado acima) fariam jus somente à remuneração e ao FGTS.

A propósito:

> Administrativo. Recurso extraordinário. Servidor público contratado por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público. Requisitos de validade (RE 658.026, Rel. Min. Dias toffoli, *DJe* de 31.10.2014, Tema nº 612). Descumprimento. Efeitos jurídicos. Direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19, *a*, da Lei nº 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no fundo de garantia do tempo de serviço. FGTS. - Reafirma-se, para fins de repercussão geral, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei nº 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. - Recurso

> extraordinário a que se dá parcial provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria (RE 765320/RG, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, j. em 15.09.2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL. MÉRITO *DJe*-203 DIVULG 22.09.2016, p. em 23.09.2016).

Conforme consignado na fundamentação do mencionado acórdão, este entendimento decorre da aplicação do disposto no art. 19-A da Lei 8036/90 que prevê em seu caput que "é devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário".

Nesta oportunidade, ressaltou o saudoso Ministro Teori Zavascki que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, na apreciação do RE 705.140, também submetido à sistemática de repercussão geral, *"assentou-se a aplicação do art. 19, a, da Lei nº 8.036/1990 aos contratos de trabalhos nulos firmados pela Administração Pública"*.

Por todo o exposto, certo é que o posicionamento do Excelso Pretório acima destacado não é restrito aos empregados públicos, mas também aos servidores contratados temporariamente de forma irregular, ou seja, sem a observância da obrigatoriedade do concurso público.

Destarte, a despeito do meu posicionamento sobre o tema, me curvei ao entendimento da Corte Constitucional, no sentido de que o direito do servidor às parcelas previstas no art. 39, § 3º da Constituição Federal somente se aplica aos contratos temporários válidos, firmados em estrita observância ao regramento constitucional.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.066.677/MG, cadastrado sob o Tema nº 551, com transito em julgado em 21.10.2020, ampliou o rol de direitos dos servidores que firmaram contratos nulos com a administração em razão de sucessivas renovações garantindo-lhes também a percepção de férias e décimo terceiro, senão vejamos:

Tese firmada: Servidores temporários não fazem jus a décimo terceiro salário e férias remuneradas acrescidas do terço constitucional, salvo (I) expressa previsão legal e/ou contratual em sentido contrário, ou (II) comprovado desvirtuamento da contratação temporária pela Administração Pública, em razão de sucessivas e reiteradas renovações e/ou prorrogações. (tese extraída do acórdão de mérito)

Em resumo, tem-se que o servidor contratado temporariamente e cuja contratação seja declarada nula fará jus ao recebimento apenas da respectiva remuneração, do saldo de FGTS, férias e décimo terceiro salário (RE 658.026, RE 765.320/MG, RE 705.140 e RE 1.066.677/MG). Portanto, o adicional noturno deve ser excluído da condenação.

Ressalto, por oportuno, que a sentença considerou a prescrição quinquenal para a pretensão ajuizada e que referida questão não foi devolvida a essa instância recursal por intermédio do recurso de apelação interposto pela parte autora.

Ante ao exposto, em juízo de retratação, em atenção ao decidido pelo STF em repercussão geral, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela parte autora para reformar em parte a sentença e condenar o Estado de Minas Gerais ao pagamento do FGTS referente ao período contratado, férias acrescidas do terço constitucional e décimo terceiro salário. Nego provimento ao recurso do Estado de Minas Gerais, prejudicada a remessa necessária.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ÁUREA BRASIL E LUÍS CARLOS GAMBOGI.

Súmula - EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, PREJUDICADA A REMESSA NECESSÁRIA

Apelação - Ação declaratória de inexigibilidade de tributo - IPVA e TRLAV - Venda do veículo - Ausência de comunicação ao órgão de trânsito - Alienação comprovada - Irresponsabilidade do alienante em relação à exação - Precedente do superior tribunal de justiça - Recurso provido

- De acordo com a sedimentação exegética imprimida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, *"embora o art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro atribua ao antigo proprietário a responsabilidade de comunicar ao órgão executivo de trânsito a transferência do veículo, sob pena de ter que arcar solidariamente com as penalidades impostas, a referida disposição legal somente incide nas infrações de trânsito, não se aplicando a débitos tributários relativos ao não pagamento de IPVA, por não serem relacionados a violação a regras de trânsito"* (REsp nº 1701815/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2º Turma, j. em 21.11.2017, *DJe* de 19.12.2017).

- Comprovada a alienação do veículo em momento anterior à ocorrência do fato gerador debatido, afasta-se a responsabilidade tributária do antigo proprietário.

- Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.22.011519-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: ALMAQ Santanna Locação de Máquinas Ltda. - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. CORRÊA JUNIOR

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2022. - *Corrêa Junior* - Relator.

Voto

DES. CORRÊA JUNIOR - Cuida-se de apelação interposta por ALMAQ Sant'anna Locação de Máquinas Ltda. contra a sentença colacionada ao feito eletrônico como Evento nº 48, que julgou improcedente o pedido inicial ajuizado pela ora recorrente em face do Estado de Minas Gerais, voltado ao cancelamento dos débitos de IPVA e TRLAV do ano de 2018, em relação ao caminhão placa XXX-XXXX. Ao final, a demandante foi condenada ao pagamento das custas processuais e de honorários de advogado fixados em um mil e quinhentos reais.

Aduz a recorrente, em suma: que o veículo foi alienado em 26.09.2017; que a ausência de comunicação não lhe torna solidariamente responsável pela exação, tendo em conta a inconstitucionalidade e a ilegalidade do art. 5º, IV, da Lei nº 14.937/2003; que, na forma do disposto no art. 110,

do CTN, a propriedade há de ser conceituada à luz do art. 1.228, do CC; que a tradição basta à transferência da responsabilidade tributária; que o descumprimento de obrigação acessória não pode dar ensejo à responsabilidade pela obrigação principal; que a lei estadual ofende os arts. 146, III, *a*, 150, I e IV, e 155, III, da Constituição da República; que a referida norma também vulnera os arts. 121, II, e 128, do CTN; que deve ser aplicada a Súmula nº 585, do STJ; que a lei local, ao atrelá-la a fato distinto da propriedade, indevidamente inova a hipótese de incidência do imposto; que também é ilegítima a cobrança da Taxa de Renovação do Licenciamento Anual, posto que repousada ao proprietário e sequer prevista no art. 5º, IV, da Lei nº 14.937/2003; sucessivamente, que os honorários de advogado se mostram excessivos e devem ser fixados em percentual do valor dado à causa (Evento nº 52).

Contrarrazões como Evento nº 56.

É o relatório.

Conheço do recurso, ante a presença dos pressupostos legais de admissibilidade.

Extrai-se dos autos que busca a autora a desconstituição da relação jurídica mantida com o Estado de Minas Gerais, decorrente do débito tributário incidente sobre a propriedade do caminhão placa XXX-XXXX, atinente ao ano de 2018, ao argumento de que transferida a sua propriedade em 26.09.2017.

Pois bem.

Analisando as nuances de fato e de direito circundantes à controvérsia instaurada, com a vênia respeitosa devida ao ilustrado convencimento motivado em primeiro grau externado, tenho que a pretensão recursal merece a acolhida pretendida.

É certo que preconiza o art. 134, do Código de Trânsito Brasileiro, que compete ao alienante a comunicação da transferência da propriedade ao órgão executivo de trânsito do Estado, em trinta dias, sob pena de ser responsabilizado solidariamente pelas penalidades administrativas impostas até a efetiva comunicação:

> Art. 134, CTB. No caso de transferência de propriedade, o proprietário antigo deverá encaminhar ao órgão executivo de trânsito do Estado dentro de um prazo de trinta dias, cópia autenticada do comprovante de transferência de propriedade, devidamente assinado e datado, sob pena de ter que se responsabilizar solidariamente pelas penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação.

Já a responsabilidade pelos débitos tributários é tratada nos arts. 6º, *caput*, e 13, *caput* e parágrafo único, da Lei Estadual nº 14.937/2003:

> "Art. 6º - O adquirente do veículo responde solidariamente com o proprietário anterior pelo pagamento do IPVA e dos acréscimos legais vencidos e não pagos.
>
> [...]
>
> Art. 13. Fica facultado ao alienante comunicar ao órgão onde registrou, matriculou ou licenciou o veículo a transferência de sua propriedade.

> Parágrafo único. A comunicação a que se refere o *caput* deste art. desobriga o alienante de responsabilidade relativa a imposto cujo fato gerador ocorra posteriormente a ela, bem como dos acréscimos legais".

Diante desse quadro normativo, vinha decidindo que, em não havendo a eficaz comunicação ao órgão de trânsito competente, o antigo proprietário respondia solidariamente com o adquirente do veículo pelas infrações de trânsito e os tributos relativos ao bem.

Entretanto, o colendo Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável pela uniformização da interpretação da legislação federal, firmou a orientação no sentido de que:

> "Embora o art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro atribua ao antigo proprietário a responsabilidade de comunicar ao órgão executivo de trânsito a transferência do veículo, sob pena de ter que arcar solidariamente com as penalidades impostas, a referida disposição legal somente incide nas infrações de trânsito, não se aplicando a débitos tributários relativos ao não pagamento de IPVA, por não serem relacionados a violação a regras de trânsito" (REsp nº 1701815/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. em 21.11.2017, *DJe* de 19.12.2017).

No mesmo sentido:

> "Administrativo. Tutela provisória para concessão de efeito suspensivo à recurso. IPVA. Transferência do veículo. Ausência de comunicação para transferência do registro que impõe responsabilidade solidária. Requisitos presentes para a concessão da tutela para dar efeito suspensivo ao recurso especial. - Pedido de tutela provisória objetivando a atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial interposto. - Para a excepcional concessão do efeito suspensivo, há se exigir a presença cumulada dos dois requisitos legais, quais sejam, a possibilidade de risco de dano grave ou de difícil ou impossível reparação e a probabilidade de provimento do recurso. - Na hipótese dos autos, em análise prefacial, verifica-se que estão presentes os requisitos para a concessão da tutela pretendida. - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se encontra assentada com o mesmo entendimento apresentado pelo requerente, ou seja, que a responsabilidade solidária pela não comunicação da transferência ao órgão de trânsito não é aplicável aos impostos relacionados com o veículo transferido, mas, tão somente, com as infrações de trânsito vinculadas a ele. - Por outro lado, a inscrição em dívida ativa e o protesto dos títulos vinculados representam perigo de dano evidente dada as consequências deletérias relacionadas ao não pagamento da dívida supostamente indevida. - Correta, portanto, a decisão que concedeu a tutela de urgência, determinando a suspensão da exigibilidade da dívida tributária referida e, consequentemente, a suspensão dos protestos já emitidos. Com determinação de que o órgão fiscal estadual se abstenha de inscrever o nome do requerente no CADIN pela referida dívida vinculada ao veículo. - Agravo interno improvido" (AgInt no TP nº 952/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, j. em 16.11.2017, *DJe* de 23.11.2017).

> "Processual civil e tributário. IPVA. Responsabilidade tributária da ex-proprietária. Débitos posteriores à alienação. Ausência de comunicação e alteração documental perante o Detran. Obrigação restrita às infrações de trânsito. Súmula nº 585/STJ. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência. Súmula nº 83/STJ. Interpretação de direito local. Inviabilidade. Súmula nº 280/STF. - A controvérsia sub examine versa sobre a responsabilidade tributária de ex-proprietária de veículo automotor por débitos de IPVA posteriores à alienação não registrada oportunamente no Detran, conforme dispõem os arts. 123, I e § 1º, e 134 do CTB. - Alega a recorrente que o fato gerador do IPVA ocorreu como descrito nos arts. 1º e 3º da Lei Estadual nº 6.606/1989 e que a recorrida não se desincumbiu do dever de comunicar a venda do bem ao Detran, como exigido pelos arts. 123, I e § 1º, do CTB e 16, § 2º, da Lei Estadual nº 6.606/1989. - A jurisprudência do STJ é no sentido de que, embora o art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro atribua ao antigo proprietário a responsabilidade de comunicar ao órgão executivo de trânsito a transferência do veículo, sob pena de ter que arcar solidariamente com as penalidades impostas, a referida disposição legal somente incide nas infrações de trânsito, não se aplicando a débitos tributários relativos ao não pagamento de IPVA, por não serem relacionados a violação a regras de trânsito. - Irrelevantes, para efeitos tributários, os arts. 123, I e § 1º, e 134 do CTB. - O STJ recentemente editou a Súmula nº 585 sobre o tema: "A responsabilidade solidária do ex-proprietário, prevista no art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB, não abrange o IPVA incidente sobre o veículo automotor, no que se refere ao período posterior à sua alienação". - Verifica-se que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do STJ. A irresignação esbarra na Súmula nº 83/STJ. - Ademais, o recurso menciona superficialmente dispositivos de lei federal tido por violados, mas se limita a transcrever e a tecer argumentos baseados em lei estadual. O acórdão impugnado adota como fundamento autônomo o Decreto Estadual nº 50.489/2014. - Assim sendo, para reverter o decisum hostilizado é necessário analisar a legislação local utilizada tanto no Recurso Especial como no aresto recorrido, o que encontra óbice, por analogia, na Súmula nº 280/STF. - Prejudicada a parte do apelo raro relativa à repartição dos ônus da sucumbência, diante do resultado do julgamento do recurso, por falta de indicação precisa do dispositivo federal afrontado pelo acórdão recorrido e pela derrota integral da recorrente. - Recurso Especial não conhecido" (REsp nº 1701815/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. em 21.11.2017, *DJe* de 19.12.2017).

A propósito, o referido entendimento restou cristalizado no enunciado de Súmula n. 585, editada pelo "Tribunal da Cidadania" aos 14.12.2016: *"A responsabilidade solidária do ex-proprietário, prevista no art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB, não abrange o IPVA incidente sobre o veículo automotor, no que se refere ao período posterior à sua alienação"*.

Destarte, comprovada a alienação do veículo automotor em questão em 03.09.2017, consoante se depreende da cópia do documento de autorização de transferência inserida como Evento nº 9, deve a autora ser desonerada do pagamento dos tributos incidentes sobre a propriedade do referido veículo.

Ainda que o mencionado documento não se preste a comprovar a comunicação ao DETRAN/MG, é certo que tem o condão de evidenciar que houve a efetiva alienação do veículo, máxime ante a juntada da correspondente nota fiscal devidamente assinada (Evento nº 7).

À luz das premissas interpretativas acima explicitadas, considerando que há nos autos a prova contundente de que a alienação de fato ocorreu, a autora - ex-proprietária do veículo - deve ser desonerada do pagamento dos tributos que tenham como fato gerador a propriedade do bem.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, reformo a sentença e julgo procedente o pedido inicial, para declarar a ausência de responsabilidade tributária da autora em relação ao IPVA e à TRLAV relacionados ao caminhão placa XXX-XXXX, do ano de 2018.

Em consequência, condeno o réu: ao reembolso das custas processuais e recursais antecipadas pela autora, com atualização monetária, pela variação do IPCA-E, desde o desembolso, e juros de mora, pelo índice de juros da caderneta de poupança, a partir da futura intimação no cumprimento de sentença; ao pagamento de honorários de advogado fixados em quinze por cento do valor dado à causa, devidamente atualizado pela variação do IPCA-E, desde o ajuizamento, e acrescido de juros de mora, com base no índice de juros da caderneta de poupança, a partir da futura intimação no cumprimento de sentença. Sem honorários recursais, ante a reforma da sentença.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES YEDA ATHIAS E EDILSON OLÍMPIO FERNANDES.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

Apelação cível - Indenização - Ajuizamento indevido de execução fiscal - Responsabilidade civil objetiva caracterizada - CF, art. 37, § 6º - Danos morais arbitrados - Recurso provido em parte

- Tendo em vista a conduta do Município-réu, consubstanciada no ajuizamento indevido de execução fiscal em face de pessoa que não possui débito junto à Fazenda Pública, resta caracterizada a responsabilidade civil do ente público em indenizar o lesionado.

- O valor do dano moral deve ser fixado atendendo-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de forma servir de repressão da conduta ofensiva, bem como atendendo ao caráter compensatório dos danos causados à vítima lesionada.

- Recurso provido em parte.

Apelação Cível nº 1.0000.22.062851-5/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: J.L. - Apelado: M.G.V. – Relator: Des. Júlio Cezar Guttierrez.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 24 de maio de 2022. - *Júlio Cezar Guttierrez*. – Relator.

Voto

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - Trata-se de apelação, interposta por J.L. contra a sentença anexada ao processo eletrônico (evento nº 58), a qual, em autos de ação ordinária, julgou improcedentes os pedidos iniciais, nos termos da regra do art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Nas razões recursais (evento nº 62), o apelante sustenta que os requisitos autorizadores para o reconhecimento da responsabilidade civil se encontram provados, tendo em vista que parte do crédito tributário exigido nas execuções fiscais propostas pelo apelado não é devida, conforme reconhecido pelo próprio apelado, acarretando-lhe sofrimento e dor. Argumenta que "para a caracterização do dano moral, basta a demonstração de uma situação que conduza à presunção da existência de uma lesão a causar repercussão no universo psíquico do ofendido".

Contrarrazões apresentadas (eventos nº 66).

Atendidos os requisitos legais, conheço do recurso.

Da nulidade do crédito tributário.

De início, quanto ao pedido de declaração de nulidade do crédito tributário exigido nas CDA's nºs 134/18, 135/18 e 136/18, referente à execução fiscal nº 5007203-37.2018.8.13.0105, e nas CDA's nºs 2392/19, 2395/19 e 2396/19, relativo à execução fiscal nº 5006215-79.2019.8.13.0105, não deve ter acolhimento, considerando que os citados títulos executivos já foram excluídos da cobrança nos respectivos autos das execuções fiscais (eventos nºs 09, 10, 18 e 57).

Dos danos morais.

A condenação do Município-réu ao pagamento de indenização por danos morais, como requerida, decorre da responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que é atribuída às pessoas jurídicas de direito público, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Em casos da espécie, entendo também que a reparação do dano deve ser regulada pelo Código Civil, que assim dispõe: "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Nos termos do voto do em. Ministro Marco Aurélio Bellizze:

> [...] para a caracterização da responsabilidade civil, antes de tudo, há de existir e estar comprovado o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta comissiva ou omissiva do agente e afastada qualquer das causas excludentes do nexo causal, tais como a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, o caso fortuito ou a força maior, por exemplo (STJ, REsp 1615971/DF).

No caso, após analisar o conjunto probatório, tenho que a existência de dano moral é indiscutível, em razão do constrangimento suportado pelo autor, que teve contra si ajuizada execução fiscal, bem como seu nome inscrito em dívida ativa, indevidamente.

Amparando a tese, segue entendimento jurisprudencial deste e. Tribunal de Justiça:

> Apelação cível. Tributário. IPTU. Lançamento complementar. Notificação contribuinte. Ausência. Violação contraditório e ampla defesa. Nulidade da CDA. Dano moral. Inscrição em dívida ativa. Ajuizamento de execução fiscal. Ato ilícito configurado. Sentença reformada. - A possibilidade de lançamento complementar do IPTU pelo Município não lhe retira o dever de prévia notificação ao contribuinte. - Ainda que exista processo tributário administrativo, somente com a notificação é que se poderia convolar o direito à exação fiscal do IPTU, para a garantia do contraditório e da ampla defesa. - Configura ato ilícito a inscrição indevida em dívida ativa, o que impõe a indenização por dano moral ao contribuinte, que teve cobranças extrajudiciais indevidas e o ajuizamento de Execução Fiscal fundada em CDA nula (Apelação Cível nº 1.0024.09.719720-6/002, Relator o Desembargador Kildare Carvalho, DJ de 18.10.2018).

Portanto, levando-se em consideração as circunstâncias do fato, as condições econômico-financeiras das partes, aliadas à necessidade de se fixar uma indenização que não constitua enriquecimento sem causa, entendo que a verba indenizatória no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais) mostra-se apta a cumprir a dupla finalidade da espécie indenizatória em apreço.

Da conclusão.

Dou provimento parcial à apelação para condenar o réu a pagar ao autor a quantia de R$5.000,00 (cinco mil reais), a título de indenização por danos morais, corrigida monetariamente pelos índices de IPCA-E, a partir da data do arbitramento, e acrescida de juros de mora com base no art. 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97, na redação dada pela Lei Federal nº 11.960/09, estes desde a data do evento danoso (data da inscrição do crédito em dívida ativa).

Em razão da sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios na proporção de 50% (cinquenta por cento) pelo requerente e os 50% (cinquenta por cento) restantes pelo requerido, cujo percentual deverá ser fixado por ocasião da liquidação (CPC, art. 85, § 4º, II), observadas a justiça gratuita deferida e isenção legal das partes.

DESª. SANDRA FONSECA - A controvérsia narrada nos autos cinge-se a respeito da possibilidade de condenação do Município de Governador Valadares ao pagamento de indenização por danos morais ao autor, ora apelante, em razão da inscrição de seu nome em dívida ativa e o ajuizamento de respectiva execução fiscal.

Com efeito, extrai-se do cotejo dos autos que a indicação errônea do executado e, por conseguinte, o indevido ajuizamento do feito executivo foi expressamente reconhecido pelo ente público na contestação com relação às execuções fiscais nº 5007203-37.2018.8.13.0105 e nº 5006215-79.2019.8.13.0105 (doc. nº 49).

O réu, ora apelado, se limita a questionar a ausência de demonstração efetiva do abalo sofrido, argumentando que não foram realizados quaisquer atos constritivos em relação às referidas CDA's.

Nesse contexto, reconhecido que o feito executivo foi ajuizado equivocadamente em desfavor do apelante, exsurge dispensável a prova do abalo moral sofrido, tratando-se, portanto, de dano moral que se configura *in re ipsa*, conforme entendimento consolidado do col. Superior Tribunal de Justiça:

> Civil. Processual civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Cadastro de inadimplentes. Inscrição indevida. Ato ilícito. Dano moral *in re ipsa*. Redução da indenização. Razoabilidade na fixação do *quantum*. Reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Inadmissibilidade. Incidência da Súmula nº 7/STJ. Decisão mantida. [...] - Consoante a jurisprudência desta Corte, "nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova" (REsp nº 1.059.663/MS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, *DJe* 17.12.2008).[...] (AgInt no AREsp 1067536/RJ, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. em 06.06.2017, *DJe* 16.06.2017).

Da mesma forma o entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça:

> Tributário. Apelações cíveis. Ação anulatória de lançamento. IPVA. Contribuinte com domicílio em mais de um estado da federação. Veículo registrado na cidade de Piúma/ES. Possibilidade de eleição do domicílio tributário. Inexistência de indícios de fraude. Inexigibilidade do crédito lançado pela SEFAZ/MG. Bitributação. Indenização extrapatrimonial. Dano *in re ipsa* protesto indevido das CDA's após decisão judicial determinando a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários. Arbitramento. Honorários advocatícios. Majoração. [...] - Na hipótese do dano *in re ipsa*, a alegação de abalo extrapatrimonial não reclama prova, por tratar-se de prejuízo evidente, inerente ao próprio fato. - O protesto de título referente a débitos declarados inexigíveis, após ordem judicial determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, constitui prática ilícita e dá ensejo a indenização extrapatrimonial. - O valor do dano moral deve ser arbitrado com moderação, norteando-se o julgador pelos critérios da gravidade e repercussão da ofensa, da posição social do ofendido e da situação econômica do ofensor. - Primeiro recurso não provido. Segundo recurso provido (TJMG - Apelação Cível 1.0384.13.005819-9/001, Relatora: Desª. Heloisa Combat, 4ª Câmara Cível, j. em 23.06.2016, p. em 28.06.2016).

Assim, constatada a ocorrência do dano, exsurge cabível a condenação do ente público ao dever de reparação, devendo ser reformada a r. sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

No que tange à fixação do *quantum* indenizatório, assim considerado o dano não patrimonial, há que se observar as condições financeiras do demandado e as condições econômicas da vítima, bem como as circunstâncias em que o evento ocorreu.

Outrossim, deve-se atentar para que a indenização não seja irrisória, bem como para o caráter didático à parte requerida, a fim de desestimular novos casos desse jaez, sem que o valor arbitrado, por outro lado, implique em enriquecimento sem causa da vítima.

Na lição de Maria Helena Diniz:

> 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 as necessidades materiais ou ideais que repute convenientes, diminuindo, assim, seu sofrimento (DINIZ, Maria Helena. A responsabilidade civil por dano moral, Revista Literária de Direito, ano II, n. 9, jan./fev./ de 1996, p. 9).

Dessa forma, em vista dos interesses lesados, a fim de conferir adequada reparação do prejuízo moral evidenciado na espécie, bem assim atenta à necessária proporcionalidade que deve ser observada em casos símiles da jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça e à conduta da parte ré, revela-se adequada a fixação da condenação em R$5.000,00 (cinco mil reais), suficiente à integral reparação do dano sofrido, estabelecendo-se a indispensável relação de proporcionalidade que informa a dosagem da indenização por dano moral e mantendo consonância com demais casos do mesmo jaez.

Conclusão.

Com tais considerações, acompanho o ilustre Relator para dar parcial provimento ao recurso, condenando o apelado ao pagamento de indenização por danos morais em benefício do apelante no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais).

É como voto.

DES. CORRÊA JUNIOR - Ponho-me de acordo com o judicioso voto de relatoria.

A verificação acerca da ocorrência de danos extrapatrimoniais deve-se dar sempre à luz das peculiaridades do caso concreto, mediante a ponderação das circunstâncias envoltas à situação que se reputa como violadora da honra daquele que requer a reparação.

No caso, conforme detidamente analisado pelo eminente Relator, reputo presentes os motivos que ensejam a indenização.

Isso porque o Município de Governador Valadares requereu, no bojo da execução nº 5007203-37.2018.8.13.0105, a exclusão das CDA's nºs 0134, 0135 e 0136, e, nos autos do feito executivo nº 5006215-79.2019.8.13.0105, a exclusão das CDA's nºs 2392, 2395 e 2396, ao fundamento de que os "lançamentos foram realizados em nome/CPF de terceiro, que não o CPF do proprietário executado".

Considerando os indevido inscrição em Dívida Ativa e ajuizamento de execução fiscal, com as consequências danosas daí advindas, vislumbro a ocorrência de dano moral indenizável, arbitrado no culto voto de relatoria com razoabilidade em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Sobre o *quantum* devido devem incidir correção monetária, a partir do arbitramento, pela variação do IPCA-E, e juros de mora, com base no índice de juros da caderneta de poupança, a partir do evento danoso, qual seja, a data da primeira inscrição indevida em Dívida Ativa, nos termos da Súmula nº 54, do colendo Superior Tribunal de Justiça.

É como voto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO.

Apelação cível - Ação de indenização por danos morais - Falecimento - Vítima identificada no registro de ocorrência - Falta de comunicação à família - Sepultamento como indigente - Serviço público falho - Responsabilidade civil configurada - Pedido julgado procedente - Sentença confirmada

- A condenação do Poder Público ao pagamento de indenização por danos morais decorre da responsabilidade prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que é atribuída às pessoas jurídicas de direito público.

- A falha na prestação do serviço público, caracterizada pela falta de comunicação e pelo sepultamento de corpo como indigente, acarreta condenação em danos morais aos familiares da vítima.

- Em se tratando de responsabilidade civil extracontratual, os juros de mora sobre o montante da indenização por danos morais fluem a partir do Evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça.

- Recurso não provido.

Apelação Cível nº 1.0000.22.095313-7/001 - Comarca de Itabirito - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: M.F.A.C. Representado(a) p/mãe C.P.A.C. - Relator: DES. Júlio Cezar Guttierrez.

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 À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2022. - *Júlio Cezar Guttierrez* - Relator.

Voto

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - Trata-se de apelação interposta contra a sentença anexada ao processo eletrônico (Evento nº 62), a qual, em autos de ação ordinária promovida por M.F.A.C., julgou procedente, em parte, o pedido inicial para condenar o Estado de Minas Gerais a pagar ao autor indenização por danos morais no valor de R$30.000,00 (trinta mil reais), corrigido monetariamente pelos índices do IPCA-E e acrescido de juros de mora, nos termos do art. 1º, *f*, da Lei Federal nº 9.494/97, na redação dada pela Lei Federal nº 11.960/09, contados do Evento danoso.

Nas razões recursais (Evento nº 69), o apelante sustenta que os requisitos para a configuração da responsabilidade civil, notadamente a existência de dolo ou culpa, não foram demonstrados. Alega que o Evento debatido nos autos ocorreu por hipótese de força maior ou caso fortuito, razão pela qual não há o dever de indenização. Pugna, ao final, pela redução dos danos morais arbitrados e fixação do trânsito em julgado como o termo inicial de incidência dos juros moratórios.

Contrarrazões apresentadas (Evento nº 73).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do parecer exarado pelo il. Procurador Márcio Luís Chila Freyesleben, manifestou-se pelo desprovimento da apelação (Evento nº 75).

Atendidos os requisitos legais, conheço do recurso.

Da responsabilidade civil.

Extrai-se dos elementos dos autos que se trata de ação ordinária promovida por M.F.A.C., mediante a qual postula a condenação do Estado de Minas Gerais ao pagamento de indenização por danos morais, ao fundamento de que o seu pai, Guilherme Chaves dos Santos, teria sido sepultado sem qualquer tentativa da polícia ou órgão estatal de comunicação aos familiares.

Pois bem.

A condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais decorre da responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que é atribuída às pessoas jurídicas de direito público, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros.

Em casos da espécie, entendo também que a reparação do dano deve ser regulada pelo Código Civil, que assim dispõe:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

No caso, tenho que deve subsistir a responsabilidade civil do recorrente, relativamente aos danos noticiados.

As provas produzidas comprovam que, de fato, o genitor do apelado, no dia 07.11.2019, já falecido, foi encontrado pela Polícia Militar de Minas Gerais no local denominado "Fazenda Campestre Marzagão", após ter sido acionada pelo Corpo de Bombeiros Militar.

Todavia, observo que o seu sepultamento ocorreu naquela data como "indigente", sem qualquer diligência ou comunicação à família (Eventos nºs 06, 11 e 12), mesmo sendo possível a identificação pelo Poder Público - na espécie, as Polícias Militar e Civil.

Ao asseverar sobre os fatos, a sentenciante concluiu que:

[...] Depreende-se da leitura do Boletim de Ocorrência nº 2019-054770947-001, colecionado aos autos (ID 117246139 - Págs. 04/07), mormente do histórico da ocorrência, que, no dia 07.11.2019, a Polícia Militar, ao ser acionada pelo Corpo de Bombeiro, se deslocou para o bairro Marzagão, zona rural de Itabirito, onde encontrou um corpo de um homem submerso em um rio e, que com a ajuda da testemunha Analberto Souza de Aquino, conseguiu localizar a residência da vítima, onde foram encontrados diversos documentos destas, senão vejamos:

> [...] A PM conseguiu localizar a residência da vítima, através de informações da testemunha, que ao chegar até a residência, encontrou-a, toda aberta, bastante desorganizada em todo seu interior, encontrando no local os seguintes documentos; certidão de casamento, carteira de identidade cível, cartão da Caixa Econômica Federal, carteira de trabalho, título eleitoral, cartão alimentação MG Card Farid e Cadastro de Pessoas Físicas, todos cadastros em campo próprio [...] (Grifos meus).

É mister destacar, ainda, que no próprio Boletim de Ocorrência o genitor do autor não é tratado como desconhecido, uma vez que seu nome, RG e filiação constam no campo denominado "envolvido 1".

Observa-se, entretanto, que, a despeito do conhecimento da identidade da vítima, nenhuma instância estatal comunicou aos familiares desta sobre o ocorrido, podendo tal fato ser corroborado pelo Boletim de Ocorrência nº 2019.057117701-001 (ID 117246139 - Págs.01/03) no qual consta que a mãe do requerente compareceu à delegacia local para registrar o desaparecimento do seu ex-marido, no dia 20/11/2019, aproximadamente 13 (treze) dias após o corpo ter sido encontrado pelos policiais militares.

Ora, a omissão do apelante, quanto ao seu dever de bem estruturar os serviços públicos, é bastante para estabelecer o nexo de causalidade e acarretar a sua responsabilidade no Evento danoso.

Além disso, nos termos do art. 373, II, do CPC, não comprovou que os fatos arguidos se deram exclusivamente por força maior.

Logo, nessa linha, é inquestionável o dever de indenização.

Sobre o tema, a orientação deste e. Tribunal de Justiça:

> Apelação. Ação de indenização por danos morais. Vítima falecida em atropelamento, cujo corpo foi enterrado como indigente, apesar de haver junto ao mesmo documentos suficientes para identificá-lo para fins de comunicação aos familiares. - Dano moral ocorrido pelo impedimento à família de despedir-se de seu membro falecido. - Negligência do Estado em comunicar o falecimento aos parentes, apesar da existência de documentos identificadores em poder do morto. - Reforma da sentença, para aumentar a indenização e diminuir a porcentagem dos honorários. (Apelação Cível nº 1.0145.01.001671-8/001, Relator o Desembargador Jarbas Ladeira, DJ de 24.05.2005)

Quanto ao valor dos danos morais arbitrados, a doutrina e a jurisprudência têm estabelecido critérios nas circunstâncias do fato, na condição do lesante e do ofendido, devendo a condenação corresponder a uma sanção ao autor do fato, para que não volte a cometê-lo. Ainda deve-se levar em consideração que o valor da indenização não deve ser excessivo a ponto de constituir fonte de enriquecimento ilícito do ofendido, nem se apresentar irrisório.

Para a reparação do prejuízo moral no caso, entendo razoável o arbitramento da indenização no valor correspondente a R$ 30.000,00, que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Dos juros de mora (termo inicial).

Com relação ao termo inicial de incidência dos juros de mora, também não há reforma a ser feita na sentença, como quer o apelante, uma vez que, em se tratando de responsabilidade civil extracontratual, como no caso, os juros moratórios sobre o montante da indenização fluem a partir do Evento danoso (STJ, Súmula nº 54): "Os juros moratorios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual".

Da conclusão.

Acolho o bem elaborado parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça e nego provimento à apelação.

Nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios da sucumbência para a quantia de 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Votaram de acordo com o RELATOR OS DESEMBARGADORES SANDRA FONSECA E CORRÊA JUNIOR

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO

Apelação cível - Responsabilidade civil estatal - Responsabilidade objetiva - Serviço funerário - Serviço público municipal- Sepultamento - Cemitério municipal - Concessão de direito de uso - Restos mortais - Extravio - Dano moral - Indenização - Quantificação - Extensão: prova

- O Município, titular do serviço público funerário, responde objetivamente pelo dano moral decorrente do extravio dos restos mortais de familiar sepultado no cemitério local.

- A não localização de jazigo onde sepultado familiar do titular de direito de uso enseja angústia e perturbações psíquicas passíveis de reparação.

- O montante da indenização mede-se pela extensão do dano cumpridamente provada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0342.15.003617-2/001 - Comarca de Ituiutaba - 1º Apelante: Irene Domingos de Oliveira - 2º Apelante: Município Ituiutaba - Apelados: Município Ituiutaba, Irene Domingos de Oliveira - Relator: DES. OLIVEIRA FIRMO.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, para NEGAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 24 de maio de 2022. - *Oliveira Firmo* - Relator.

Voto

DES. OLIVEIRA FIRMO - Relatório. Trata-se de primeira e segunda apelações interpostas respectivamente por Irene Domingos de Oliveira e Município de Ituiutaba/MG da sentença (f. 89-90) prolatada na "ação de indenização por danos morais c/c ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela" proposta por aquela contra este. Com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal (CF) e aos fundamentos de que comprovados os fatos de que o jazigo perpétuo adquirido pela requerente no cemitério municipal, onde acreditava estar enterrada a sua filha desde 1982, estava ocupado por terceiros; de que os restos mortais da filha da requerente encontram-se desaparecidos; da desorganização do serviço público do cemitério municipal, sendo comum a ocorrência de episódios semelhantes; da impossibilidade fática de se localizar os restos mortais da descendente da requerente; e do dano moral ínsito a esses fatos, a sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais e condenou o requerido a pagar à requerente R$3.000,00 (três mil reais) a título de indenização pelos danos morais, com correção monetária desde o arbitramento e juros de mora a

partir da citação, pelos índices da caderneta de poupança; o pedido de condenação à obrigação de localização dos restos mortais foi julgado improcedente; sucumbência: mínima da requerente, condenado só o requerido ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor da condenação, sem condenação em custas. Embargos de Declaração (ED) interpostos por ambas as partes (requerido: f. 98-101; requerente: f. 102-104), rejeitados (f. 116).

A primeira apelante alega, em síntese, que: a) - o montante da indenização é insuficiente para reparar o prejuízo moral sofrido e para inibir a conduta do Município; e b) - o requerido deve ser condenado a lhe conceder outro jazigo ou indenizá-la do valor que gastou na aquisição daquele que foi ocupado por terceiros. Nesses termos, requer a reforma da sentença (f. 106-110).

O segundo requerido alega, em síntese, o seguinte: a) - a sentença julgou sem prova do nexo de causalidade entre sua ação e os danos alegados; b) - não há prova da ocorrência de dano moral nem de situação de que se presuma a ofensa; c) - a sentença desconsiderou a prova de que a sepultura reivindicada pela requerente fora cedida a terceiros em 1966, que a ocupam; e d) - inexiste dever de indenizar porque não cometeu ato ilícito, agiu no exercício regular de um direito, já que o cemitério é bem público de uso especial que não pode ser objeto de propriedade particular, mas tão somente de concessão de uso, passível de revogação. Requer o provimento da apelação para que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais (f. 118-134).

Preparo: partes isentas (art. 10, I e II da lei estadual - Lei nº 14.939/2003).

Contrarrazões: pelo não provimento do recurso da parte contrária; requerente, porque não foram trazidos fundamentos jurídicos que justificassem a reforma da sentença, cuidando-se de ato protelatório que deve ser penalizado com multa. Requer a condenação em honorários advocatícios pela rejeição dos ED (f. 135-140); requerido, pela razão de que o valor da indenização é razoável e basta para compensar eventual prejuízo extrapatrimonial, sob pena de configurar hipótese de enriquecimento sem causa da requerente (f. 141-145).

Ministério Público: denega manifestação (f. 152).

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Vistos os pressupostos de admissibilidade, conheço das apelações, que recebo nos efeitos suspensivo e devolutivo.

Segunda apelação

Cinge-se a controvérsia quanto aos direitos da requerente de uso de área determinada no Cemitério São José, pertencente ao Município de Ituiutaba/MG, onde foi enterrada, em 25.11.1982, sua filha natimorta.

Tecnicamente, não há que se falar em aquisição da propriedade do jazigo por parte da requerente, uma vez que localizado em cemitério municipal, tratando-se o terreno onde se encontra de bem

de uso especial, do qual não se admite a alienação a particular. Possível, no entanto, a concessão de direito de uso, em caráter temporário ou perpétuo.

Assim, embora alegue a requerente haver adquirido um "terreno perpétuo" no cemitério local, os pedidos encontram fundamento no direito de uso do túmulo, por concessão.

Na lição da doutrina, o negócio jurídico entre o administrador do cemitério público (no caso, a funerária e, depois, o próprio Município) e o administrado tem natureza contratual e gera para este "direito subjetivo de uso de área determinada", de dupla natureza: se a contratação tiver por objeto o direito de uso de certo local no cemitério por prazo determinado, assegura "direito pessoal de uso temporário"; se o objeto for o direito de uso permanente, gera "direito real administrativo de uso perpétuo" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed., rev., ampl. e atual., cap. 16. VIII, 3, 3.4, Rio de Janeiro: Atlas, 2013 p. 1169).

A prova documental, consistente em registros administrativos do cemitério, dá conta de que a filha natimorta da requerente foi sepultada ali, em 25.11.1982, em cova rasa, não como indigente, sob o nº 22980 (f. 74-75).

A requerente alega que, à época, teria adquirido um terreno perpétuo no cemitério e que, no Dia de Finados de 2014, descobriu que o jazigo havia sido cedido a terceiros, sem o seu conhecimento, o que lhe causou danos morais, pois o Município nem sequer sabe informar o paradeiro dos restos mortais de sua filha.

A alegação de cessão de uso do jazigo em caráter perpétuo não restou comprovada. Para tal fim, a requerente junta apenas um documento emitido pela funerária que agenciava os sepultamentos à época, conforme depoimento da testemunha Donizete, que foi administrador do cemitério no período de 2013 a 2018. Cuida-se de mero orçamento, em que está estimado o preço do caixão, a cargo da funerária; e, a cargo de terceiros, o preço do "terreno perpétuo (adulto/criança)" e da comunicação do óbito.

Embora a funerária, aqui, tenha agido como preposta do Município, não há prova do pagamento nem, portanto, da efetivação da contratação de jazigo perpétuo.

Por outro lado, o livro de registro de sepultamentos no cemitério consigna que, naquela data de 25.11.1982, a filha da requerente foi enterrada em cova rasa. Diferentemente do caso da requerente, outros sepultamentos estão ali registrados em sepultura "perpétua" e "rasa perpetuada". Além disso, dentre os serviços de terceiro oferecidos pela agência funerária, está o de "terreno p/sepultura rasa 5 (cinco) anos (adulto/criança)", sendo possível que a contratação houvesse se concretizado nesses termos.

Certo é, no entanto, que o requerido não tem qualquer registro do paradeiro dos restos mortais de pessoa que, comprovadamente, foi enterrada naquele local. Não sabe esclarecer se houve exumação e transferência para outro local ou se houve sobreposição de cadáveres.

A única testemunha ouvida em audiência declarou que, no Município requerido, não há legislação específica sobre a matéria; que os 2 (dois) cemitérios municipais são irregulares; que particularmente o Cemitério São José, de que foi administrador, não tem mapeamento nem registros que permitam localizar as sepulturas; que só os coveiros antigos, de memória, ainda sabem identificar alguns túmulos, mais ninguém; que, pela só escrituração dos atos havidos naquele cemitério, impossível identificar onde estariam os restos mortais de qualquer pessoa, como foi o caso da requerente.

Nesse contexto, muito embora não haja prova de que a requerente fosse cessionária do direito de uso perpétuo do terreno, é inequívoco que sua filha foi enterrada ali e que não há notícia de onde estejam seus restos mortais, cuja retirada só seria legítima mediante justificação bastante, no âmbito de procedimento administrativo, no caso, inexistente.

O requerido alega que o direito de uso do jazigo em questão havia sido cedido a terceiros muito antes da alegada aquisição pela requerida. O documento que juntou não prova o fato, que seria impeditivo do direito da requerente, pois diz respeito à cessão de direitos sobre o carneiro nº 12.375, inexistindo nos autos qualquer elemento que o relacione ao objeto litigioso.

Está demonstrado, portanto, o nexo de causalidade entre a conduta do requerido, titular do serviço funerário, de interesse local, e os danos sofridos pela requerente, do que advém o dever de indenizar.

III - b) Entendo que, na espécie, é presumido o dano moral advindo da má prestação do serviço público em área tão sensível, que envolve a dignidade da figura de um ser humano que promove o sepultamento de um familiar querido, em prática milenar que concentra todo um processo de superação do luto e de culto da memória da família.

Além disso, a testemunha declarou que a requerente compareceu diversas vezes ao cemitério e sempre se mostrou muito magoada e contrariada, por não conseguir mais localizar o túmulo onde antes se encontravam os restos mortais de sua filha.

Demonstrada, portanto, a ocorrência do dano moral.

III - Primeira apelação

O dano moral, sabe-se, consiste na lesão a um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos ou atributos da personalidade, como a vida, a integridade corporal, os sentimentos afetivos ou a própria imagem.

A temática da reparabilidade do dano moral (*de iure constituendo ou de iure constituto*?), no entanto, está longe de ser tomada por tranquila e bastante assentada, quer na doutrina quanto na jurisprudência, pois desafia ainda uma discussão pouco ferida pelos tratadistas e muitos julgadores. Assim também ainda não cogitada pelo legislador, ligada à tese da pena privada (aspecto penal), já admitida de existência concomitante na reparação do dano moral por Aguiar Dias, Martinho Garcez Neto, Orozimbo Nonato e Alcino Salazar (*Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 1, São Paulo: Editora RT, p. 22-23) Cuida-se precisamente em encontrar um denominador comum a conciliar o valor a ser desembolsado pelo responsável pelo dano moral com

vulto tal a inibi-lo por sua atuação (ação ou omissão) nociva, e aquele valor razoável devido a quem sofreu o referido dano. É que em alguns casos, a vítima não está preparada para receber toda a quantia a que validamente se deve condenar o culpado. Muita vez o valor da condenação deve ser tal que, para a vítima torna-se desproporcional (a maior), chegando às raias da imoralidade. Assim, considerados vários fatores de aferimento, o valor pecuniário satisfatório para a vítima fica aquém da capacidade do causador do dano, e o pagamento, para ele, causador do dano, não tem o condão de inibi-lo, desvirtuando aquilo que seria a maior função dessa modalidade de ressarcimento: qual seja mais buscar punir o autor do dano do que propriamente ressarcir a vítima, como confessa RIPERT (RF, 83/221).

Permitimo-nos, a título de reflexão, de modo a constituir matéria de lege ferenda, sugerir que de bom alvitre seria incorporar no valor da condenação uma multa a comportar o valor excedente àquele razoável à indenização - mas insuficiente de agir como motor inibitório ao causador do dano. Tal valor seria recolhido aos cofres públicos (devidos à unidade federativa - União, Estados ou Municípios - a quem a atividade do causador do dano estivesse mais intimamente ligada quanto à sua regulamentação). É que às vezes se torna desproposital para quem recebe a indenização auferir quantia extraordinariamente alta, quantia que em via normal jamais alcançaria levantar no curso de uma vida, no gozo de plena saúde, ou com total ajuda de seu mantenedor. Um assalariado (ou uma dona de casa), sem qualquer formação técnica, e sem perspectiva de aprimoramento, diante de um sinistro qualquer acontecido consigo ou com ente próximo, de hora para outra tornar-se-ia um milionário. Em casos tais seria, isso sim, a monetarização da dor, e como corolário, a desmoralização de instituto tão nobre quanto é a indenização por dano moral.

A valoração do dano moral traz sempre esta angustiante dificuldade da busca de precisão. Os limites da causa de pedir refletem-se na extensão do dano e, por conseguinte, na mensuração do valor da indenização.

A requerente tornou-se titular do direito de utilizar um espaço no cemitério municipal, onde depositou o corpo da filha, criando a justa expectativa de que, simbolicamente, sempre a teria por perto. Assim, a angústia e a frustração experimentadas pela requerente com o extravio dos despojos da filha morta enseja sofrimento no campo psíquico, emergindo daí a obrigação de o Município indenizá-la pelo dano moral.

Isso não obstante, pesa considerar, por um lado, a circunstância - trágica, mas real - da inexistência de tempo de convivência entre mãe e filha, que, lamentavelmente, não sobreviveu ao nascimento, obstando o fortalecimento do vínculo afetivo, cujo desfazimento é tanto mais doloroso quanto mais consolidado. Além, também se devem sopesar os inelutáveis efeitos da passagem do tempo na amenização do sofrimento moral, decorridos, no caso, cerca de 32 (trinta e dois) anos entre o sepultamento e o evento danoso, estando já a requerente muito distante de um provável estado de fragilidade emocional, decorrente do traumático óbito da filha. Tanto assim que a propósito não há prova nos autos da intensidade desse sofrimento.

Nesse contexto, tenho que, para o fim de mensurar o valor da indenização, cabia à requerente trazer aos autos outros elementos hábeis a demonstrar a extensão do abalo, tal como a intensidade do vínculo afetivo com a filha; o grau de comprometimento com os rituais de culto à memória do ente querido falecido, que se alegou elevado, mediante visitação frequente à sepultura; e, assim, justificar a pretendida majoração do valor da indenização.

Enfim, nos autos não há outras provas da extensão desse dano moral para além do que venho aduzir, por presunção de que qualquer um se ofenda com uma má prestação de serviço, naquela especial situação de luto e preservação da memória familiar. Portanto, tenho em boa conta a quantia de R$3.000,00 (três mil reais).

IV - b) Sem prova de que a requerente fosse titular do direito de uso perpétuo do jazigo, é improcedente o pedido de ressarcimento do dano material, seja mediante a concessão do direito de uso de outro jazigo, seja por indenização do valor despendido na aquisição do primeiro, não demonstrado.

Assim, não merece reparos a sentença proferida.

IV - c) Incabíveis honorários advocatícios na decisão dos ED interpostos da sentença, pois a verba só é devida no julgamento inaugural e foi ali fixada. Honorários recursais, por outro lado, só incidem quando a instância revisora julga pela primeira vez o recurso, razão pela qual não há fixação ou majoração em ED ou agravo interno, por exemplo.

IV - d) O recurso do requerido pode até atrasar a entrega da tutela jurisdicional, mas pelo estilo fastidioso, repleto de transcrição desnecessária de doutrina e julgados, não de modo intencional.

Devolve a questão da valoração da prova ao conhecimento deste Tribunal, última instância que pode reexaminá-la, por não ficar restrita ao exame de teses jurídicas (STJ, enunciado de Súmula nº 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial).

Não está caracterizada, pois, a interposição protelatória de recurso.

V - Conclusão.

Posto isso, nego provimento às apelações.

Pela sucumbência recursal recíproca, majoro a condenação do requerido em 15% (quinze por cento) do montante fixado na sentença(art. 85, §11, do CPC):

> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
>
> [...]
>
> § 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

E condeno a requerente ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em 11% (onze por cento) do valor da condenação (art. 85, § 1º, do CPC):

> Art. 85. [...]
>
> §1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

Considerando a média duração da fase, julgados os recursos em cerca de 12 (doze) meses da distribuição; a prestação do serviço sem demandar o deslocamento dos profissionais; e a boa qualidade do trabalho dos profissionais, que defenderam teses pertinentes à demanda, embora não acolhidas (art. 85, § 2º, do CPC):

> Art. 85.
>
> [...]
>
> § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:
>
> I - o grau de zelo do profissional;
>
> II - o lugar de prestação do serviço;
>
> III - a natureza e a importância da causa;
>
> IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Custas recursais pelas partes, na mesma proporção, isentas (art. 10, I e II da Lei nº 14.939/2003).

É o voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RENATO DRESCH E WILSON BENEVIDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

Apelação cível - Ação de manutenção na posse - Construção em área de servidão administrativa - Cemig - Linha de transmissão - Prova pericial - Invasão da faixa de segurança - Desocupação e demolição da edificação - Indenização - Inexistência de boa-fé - Conhecimento do vício

- A servidão administrativa é o instituto que autoriza o Poder Público ou seus delegatários a utilizarem de propriedade privada para executar obras ou serviços de interesse público e coletivo, impondo ao proprietário do imóvel ou ao seu possuidor algumas restrições ao uso e gozo do bem onerado;

- As limitações impostas pela servidão de energia elétrica abrangem o uso incompatível com a existência do encargo e as condutas que embaracem ou prejudiquem a servidão, além de outras obrigações eventualmente estipuladas na respectiva escritura pública;

- Considerando que o objetivo da instituição da servidão é criar uma faixa de segurança, cujos limites são variáveis, pois calculados em função da tensão da linha de transmissão, em que não é permitido construir, sequer o trânsito de pedestres na zona de risco, visando evitar acidentes, como incêndios, choques elétricos e destruição de construções locais, não se pode admitir a permanência de construção na área, ou mesmo a ocupação mesmo esporádica do local;

- O possuidor de boa-fé fará jus à indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis (CC, art. 1.219), contudo, o conhecimento do vício afasta a boa-fé.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.15.083200-4/004 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Eduardo André Alves - Apelado: Cemig Geração e Transmissão S.A. - Relator: DES. RENATO DRESCH

Acórdão

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

Belo Horizonte, 21 de junho de 2022. - *Renato Dresch* - Relator.

Voto

DES. RENATO DRESCH - Trata-se de recurso de apelação nos autos da ação de manutenção de posse ajuizada por Cemig Geração e Transmissão S.A., perante o Juízo de Direito da 2ª Vara da

Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte em face de Eduardo André Alves, pretendendo a desocupação da área serviente invadida, bem como demolição das obras irregulares erguidas sob a linha de transmissão.

Inicialmente o feito foi ajuizado em face de Gleidiane Barbosa de Jesus.

Liminar Indeferida (Ordem 16).

Após manifestação da parte autora (Ordem 52), foi deferido em parte o pedido liminar, para determinar que a Cemig Distribuição S.A. seja mantida na posse do imóvel, tão somente quanto à construção nova que invadiu a área de servidão administrativa das linhas de transmissão, devendo o réu, Eduardo André Alves, paralisar imediatamente a obra, bem como não utilizá-la para qualquer fim, mantendo desocupada a referida área construída, até o provimento final desta ação.

Em audiência não foi obtida conciliação, em razão da ausência da parte requerida (Ordem 63 e 91).

Em nova audiência realizada em 16.03.2018 as partes não compuseram acordo (Ordem 98).

Em contestação, o réu afirma que a autora não comprovou que a área ocupada é de servidão administrativa. Aduz que o barracão foi comprado em agosto de 2015, e que pagou o valor de R$35.000,00 (trinta e cinco), e ainda, um valor a mais para a construção de um muro de arrimo. Alega que quando resolveu comprar o imóvel no local, não sabia de qualquer impedimento, esbulho ou turbação de posse, tendo em vista que havia várias construções próximas, residenciais e comerciais. Discorre sobre o direito de concessão real de uso especial para moradia. Assevera que no caso de ter que demolir qualquer obra em seu imóvel, tem o direito a receber o valor das benfeitorias e retê-las até que sejam devidamente indenizadas.

Houve saneamento do feito, e na oportunidade foi deferida a produção de prova pericial e testemunhal (Ordem 114).

Laudo pericial (Ordem 139 e 154).

Audiência de Instrução e Julgamento realizada e sem acordo (Ordem 213).

Por sentença (Ordem 219), o juiz Paulo de Tarso Tamburini Souza, julgou procedente o pedido inicial, nos seguintes termos:

Ante o exposto, nos termos da fundamentação e por tudo mais que dos autos consta, julgo procedente o pedido inicial para manter a autora, Cemig Distribuição S.A., na posse do imóvel situado na Rua XXX XXXXXXXXX, nº XXX, Bairro Jardim Liberdade (Bonsucesso), Belo Horizonte/MG, no que se refere à obra que invadiu a área de servidão administrativa das linhas de transmissão, condenando o réu, Eduardo André Alves, a desocupar e demolir o imóvel em questão.

Condeno, ainda, o réu a pagar multa diária de R$100,00 (cem reais), na hipótese de nova turbação.

Ademais, condeno o réu ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios devidos aos procuradores da autora, os quais arbitro em R$800,00 (oitocentos

reais), nos termos do art. 85, § 8º do CPC/2015. Suspendo, por ora, tal condenação, uma vez que réu litiga sob o pálio da justiça gratuita.

Em suas razões recursais (Ordem 222), o réu afirma que a posse é velha, e exerce com animo de dono há mais de 10 anos, sem obstrução ou impedimento, e de boa-fé. Argumenta que houve inércia da apelada em delimitar a área, em instruir a população no local para a não construção, em remover as obras porventura existentes, perdurando por cerca de 20 (vinte) anos. Sustenta que esta inercia permitiu que se erguesse um bairro naquele entorno, que as moradias proliferassem, que as pessoas de boa-fé comprassem imóveis, terrenos e que, inclusive, serviços públicos são ofertados bem próximos à residência do apelante. Discorre sobre o direito de concessão real de uso especial para moradia. Alega que a boa-fé do apelante é indiscutível, pois reside ali como se dono fosse, e cuja posse é exercida há anos sem oposição e que não era possível supor a existência de obstáculo, tendo em vista os fatores o tempo de exercício da posse, não obstrução pela apelada, diversas outras construções nas proximidades. Salienta que fica evidente a necessidade de se indenizar pelas benfeitorias realizadas no imóvel, evitando-se que ocorra um enriquecimento ilícito da autora.

Em contrarrazões (Ordem 225), a Cemig pugna pela manutenção da sentença.

É o relatório

Conheço do recurso, presentes os requisitos de sua admissibilidade.

O apelante pretende a manutenção de construção erigida em faixa de servidão administrativa, em que passa linha de transmissão de energia elétrica e que lhe seja concedido o direito real de uso para fins de moradia, ou, ao menos, que seja indenizada pela benfeitoria. A concessionária autora, por sua vez, formulou pedido de reintegração na posse da área de servidão que lhe foi concedida, em virtude do esbulho e da turbação praticada pelo réu, que construiu dentro da faixa de segurança da referida área, pretendendo a desocupação do imóvel e a consequente demolição.

Da servidão administrativa.

A servidão administrativa é o instituto que autoriza o Poder Público ou seus delegatários a utilizarem de propriedade privada para executar obras ou serviços de interesse público e coletivo, impondo ao proprietário do imóvel ou ao seu possuidor algumas restrições ao uso e gozo do bem onerado.

Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona:

> Servidão administrativa é o direito real de gozo, de natureza pública, instituída sobre imóvel de propriedade alheia, com base em lei, por entidade pública ou por seus delegados, em favor de um serviço público ou de um bem afetado a fim de utilidade pública (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.162).

A possibilidade de estabelecimento da servidão de energia elétrica foi especificamente prevista pelo Decreto nº 24.643, de 10.07.1934 (Código das Águas), cujo art. 151 foi regulamentado pelo Decreto nº 35.851/54. Veja-se:

> Art. 1º. As concessões para o aproveitamento industrial das quedas d'água, ou, de modo geral, para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, conferem aos seus titulares o direito de constituir as servidões administrativas permanentes ou temporárias, exigidas para o estabelecimento das respectivas linhas de transmissão e de distribuição.
>
> [...]
>
> Art. 3º. Os proprietários das áreas atingidas pelo ônus limitarão o uso do gôzo das mesmas ao que fôr compatível com a existência a servidão, abstendo-se, em consequência, de praticar, dentro delas, quaisquer atos que a embacarem ou lhe causem dano, incluídos entre os de erguerem construções ou fazerem plantações de elevado porte.
>
> § 1º A administração, ao expedir o decreto de servidão, poderá vedar que tais construções ou plantações se façam em uma faixa paralela à área da servidão, estabelecendo-lhe os respectivos limites.
>
> § 2º Aos concessionários é assegurado o direito de mandar podar ou cortar quaisquer árvores, que, dentro da área da servidão ou na faixa paralela à mesma, ameacem as linhas de transmissão ou distribuição.

Conforme se extrai dos dispositivos citados, as limitações impostas pela servidão de energia elétrica abrangem o uso incompatível com a existência do encargo e as condutas que embaracem ou prejudiquem a servidão, além de outras obrigações eventualmente estipuladas na respectiva escritura pública.

O objetivo da instituição da servidão é criar uma faixa de segurança, cujos limites são variáveis, pois calculados em função da tensão da linha de transmissão, em que não é permitido construir, sequer o trânsito de pedestres na zona de risco, visando evitar acidentes, como incêndios, choques elétricos e destruição de construções locais, de modo que não se pode admitir a permanência de construção na área, ou mesmo a ocupação esporádica do local.

Neste sentido, confira-se a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> Apelação cível. Ação de manutenção de posse. Cemig. Construção. Faixa de segurança. Servidão administrativa. Decreto nº 24.643/34. Código de águas. Decreto nº 35.851/54. Previsão legal. Prova da invasão. Risco de acidentes. Desocupação e demolição do imóvel. Recurso desprovido. - A servidão administrativa que afeta os terrenos situados sob as linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica decorre diretamente de lei e tem caráter notório, satisfazendo o requisito de comprovação da posse exigido para a defesa possessória em juízo. - Uma vez comprovada a efetiva invasão de faixa de segurança situada sob as linhas de transmissão de energia elétrica, impõe-se o deferimento da tutela possessória em favor da concessionária de energia elétrica, com a determinação de

desocupação e demolição da construção irregular, medida que, aliás, constitui proteção à incolumidade física daqueles que residem no local, considerado o risco de graves acidentes. - Recurso desprovido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.18.115330-5/002, Rel. Des. Corrêa Junior, 6ª Câmara Cível, j. em 04.02.2020, p. em 12.02.2020).

Apelação. Ação de manutenção de posse. Cemig. Construção irregular. Faixas de segurança. Linhas de transmissão de energia elétrica. Turbação comprovada. Sentença mantida. - Deve ser mantida a sentença que determinou a manutenção de posse e o desfazimento de construção irregular de moradia, erguida em faixa de segurança situada sob linhas de transmissão de energia elétrica, em terreno abrangido por área de servidão administrativa que atende à Cemig, uma vez que comprovada a turbação. - Recurso a que se nega provimento (Apelação Cível nº 1.0024.12.1650587-4/004, Rel. Des. Wander Marotta, 5ª Câmara Cível, p. em 22.11.2016).

Apelação cível. Ação de manutenção/reintegração de posse. Cemig. Servidão administrativa. Invasão de faixa de segurança. Construção erguida sob a torre de transmissão da concessionária de energia elétrica. Ausência de formalização do instituto. Inexistência de óbice à tutela possessória. Caráter permanente da servidão de passagem evidenciado pela inegável manifestação da obra pública. Súmula nº 415 do STF. Laudo de avaliação de risco que demonstra o inequívoco esbulho do imóvel serviente. Imprescindibilidade de desocupação e demolição das acessões e benfeitorias. Recurso conhecido e provido. - As faixas de segurança, instituídas como forma de garantir a adequada prestação do serviço público de transmissão de energia elétrica, bem como resguardar a incolumidade dos moradores dos possíveis danos advindos da interação periculosa com as respectivas estruturas instaladas para o soerguimento e passagem das linhas energizadas, encerram verdadeira servidão administrativa, direito real público que autoriza a Administração a usar o imóvel particular na consecução do interesse coletivo. - De acordo com as disposições contidas no Decreto Federal nº 35.851/54, que regulamenta o art. 151, *c*, do Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934), as restrições impostas ao imóvel serviente em decorrência dos serviços de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica abrangem a impossibilidade de o proprietário usar o bem de forma incompatível com a existência do encargo (v.g. erguendo construções ou fazendo plantações de grande porte), sendo-lhe, ainda, vedado embaraçar ou prejudicar o acesso às instalações, na ausência de outra via possível. - Assim, uma vez lesada em seu direito de usar a área serviente em prol do interesse coletivo, a Administração tem direito de ser mantida na posse, em caso de turbação, e de ser reintegrada quando houver esbulho, consoante a norma inserta no art. 1.210 do Código Civil c/c art. 560 e seguintes do CPC. - O laudo de avaliação de risco que instrui a inicial, por ter sido elaborado pela Cemig na qualidade de concessionária do serviço público de energia elétrica, da mesma forma que os atos administrativos em geral, goza de presunção iuris tantum de legitimidade, o que impõe ao particular o ônus de infirmar o seu teor. 5. Em que pese o decreto de declaração de utilidade pública da área serviente não tenha sido juntado aos autos, tampouco a prova de registro da servidão junto à margem da matrícula do imóvel, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consubstanciada na inteligência da Súmula nº 415, firmou-se no sentido de que a ausência de formalização do instituto não erige óbice à tutela possessória, notadamente nos casos como o presente, em que o caráter permanente da servidão de passagem, evidenciado pela inegável manifestação da obra pública (torre de transmissão), torna indene de dúvida

> a impossibilidade do exercício pleno das prerrogativas inerentes ao domínio no local. - Embora a construção não se revele de grande porte, comprovada sua total inserção no interior da faixa de segurança, o acolhimento da pretensão possessória é medida que se impõe, haja vista a dificuldade que impõe ao exercício da posse administrativa oriunda da servidão. - A edificação de construção de alvenaria em faixa de segurança da Cemig não pode ser considerada benfeitoria útil ou necessária, que justifique a indenização com arrimo no art. 1.219 do Código Civil, já que alternativa não haverá senão sua demolição, a fim de resguardar a higidez das linhas de transmissão e a própria incolumidade física do ocupante (TJMG - Apelação Cível nº 1.0231.11.005900-4/001, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, 19ª Câmara Cível, j. em 25.02.2021, p. em 03.03.2021).

A conclusão a que se chega é de que não é possível construir em área em que foi instituída servidão administrativa, tampouco permanecer no local, em razão de grande risco a que os moradores se sujeitariam.

Da reintegração de posse.

De acordo com o Código Civil Brasileiro: *Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.*

Na lição de Misael Montenegro Filho, *"A posse representa o exercício do poder de fato sobre a coisa, razão pela qual a só condição de proprietário não é suficiente para garantir a propositura da ação possessória [...]"* (MONTENEGRO FILHO, Misael. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 563).

O Código Civil também dispõe que:

> Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.
>
> § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.
>
> § 2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.

Conforme o CPC, o possuidor tem o direito de ser mantido na posse, em caso de turbação - entendido como ameaça à posse -, incumbindo ao autor da ação de manutenção na posse comprovar sua posse, a ocorrência e a data da turbação, nos seguintes termos:

> Art. 560. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado em caso de esbulho.
>
> Art. 561. Incumbe ao autor provar:
>
> I - a sua posse;

> II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;
>
> III - a data da turbação ou do esbulho;
>
> IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.
>
> Os incisos do art. 561 contêm os requisitos específicos da inicial da ação possessória, devendo, ainda, observar os requisitos gerais. A primeira demonstração do autor da ação possessória deve ser da posse do bem. Por primeiro, incumbe ao demandante demonstrar ser efetivamente o possuidor do bem cuja posse afirma ser objeto de violação. A comprovação da posse, de forma documental ou oral em audiência de justificação, é necessária para que, a um só tempo, demonstre-se interesse de agir (necessidade da tutela possessória) e se obtenha, no mérito, a proteção possessória objetivada (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 924).

Portanto, além da prova da posse, o autor da possessória há de comprovar a turbação ou o esbulho praticado pelo réu, bem como a data em que ocorreu - para estabelecer o rito - e a continuação da posse.

Ainda me valendo das lições de Wambier, Conceição, Ribeiro e Mello, esbulho *"representa o desapossamento total ou parcial do bem em disputa, por ato praticado pelo réu da ação possessória, retirando o possuidor a prerrogativa de se manter em contato com a coisa [...]"*, enquanto a turbação *"representa o molestamento da posse, sem que o possuidor seja completamente desapossado. A turbação evidencia o exercício comprometido da posse, em decorrência de ato praticado pelo réu da ação possessória"* (*op. cit.*, p. 568-569).

Da concessão de uso especial para fins de moradia.

O direito à moradia é, portanto, um direito fundamental da pessoa humana, cujo conteúdo não está necessariamente ligado ao direito à casa própria, mas à dignidade e a habitabilidade do local de residência, em que são resguardadas a intimidade e a privacidade (art. 6º, CF/88).

O poder público pode conceder o uso privativo de bem público, mediante contrato administrativo, podendo, inclusive, conceder direito real de uso de terreno público.

Especificamente quanto à concessão de uso especial para fins de moradia, a Medida Provisória nº 2.220/2001 regulamenta a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição Federal/88 e estabelece os seguintes requisitos a serem preenchidos pelo interessado:

> Art. 1º Aquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas, e que o utilize para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia

> em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017).
>
> § 1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.
>
> § 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.
>
> § 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Portanto, o interessado deve ter a posse ininterrupta e pacífica por, no mínimo, 5 (cinco) anos, de imóvel público urbano de até 250m², sendo utilizado como moradia, desde que não possua outro imóvel.

Da indenização por benfeitorias

O apelante-requerido fez pedido eventual, de que, se for determinada a desocupação e a demolição da construção, seja indenizado pelo valor da benfeitoria.

O art. 556 do CPC/15, que repete a regra contida no art.922 do CPC/73, permite ao réu da ação possessória deduzir, em sua defesa, pedido contraposto de indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor:

Art. 556. É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor.

A possibilidade de requerer indenização por prejuízos decorre da natureza dúplice da ação possessória, *"que permite que o réu contra-ataque o autor no interior da própria contestação, que apresenta natureza híbrida; nesse caso, sendo ao mesmo tempo manifestação de defesa e de ataque"* (MONTENEGRO FILHO, Misael. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 566).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem, em seus comentários ao art. 556:

"Direito de retenção. O possuidor de boa-fé tem direito de indenização e de retenção a ser exercido contra o autor da ação possessória ou reivindicatória, para evitar seu enriquecimento sem causa [...]" (NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil* - novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1382).

O possuidor de boa-fé fará jus à indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis (CC, art. 1.219). Contudo, *"a definição de boa-fé como prevista no Código Civil diz respeito à ausência do conhecimento do vício"* (ARAUJO, Barbara Almeida. *A Posse dos bens públicos*. *VitalBook file*. Forense, 2010, p. 132).

Da casuística sob exame.

Verifica-se que foi constatada a invasão em área de servidão administrativa, após inspeção rotineira da faixa de segurança da Linha de Transmissão da Cemig, denominada Linha Barreiro - Taquaril, de 345KV, entre as estruturas 4 e 5.

Sem obter sucesso com a notificação foi registrado REDS 2014-027475935-001, na 11ª CIA PM/41ª BPM e, 2ª Delegacia de Policia Civil do Barreiro, em 22 de dezembro de 2014 (id 6088549. *PJe.*).

Realizada perícia judicial, o *expert* constatou que *"pela vistoria realizada foi possível identificar que o imóvel objeto da lide encontra-se, aproximadamente, abaixo do eixo da linha de transmissão de energia da Cemig [...]*" (Ordem 154 - f. 15).

Quanto ao risco, em resposta ao quesito nº 2, formulado pela concessionária, o perito respondeu:

Resposta:

Há risco de acidente na região onde está localizado o imóvel objeto da lide, devido ao fato das benfeitorias encontrarem-se inseridas na faixa de segurança da linha de transmissão de energia da Cemig (autora).

O perito ainda esclareceu que *"[...] o imóvel objeto da lide encontra-se inserido na faixa de segurança da linha de transmissão de energia da Cemig (Autora)*"(Ordem 154 - f. 23).

As conclusões do laudo pericial foram as seguintes (Ordem 154, f. 29/30):

XIII) Conclusão.

Após a realização da perícia, vistoria do imóvel e cálculos realizados, é possível apresentar as seguintes conclusões.

[...]

Face ao exposto no item IX deste laudo, o imóvel objeto da lide encontra-se inserido na faixa de segurança da linha de transmissão de energia da Cemig (Autora).

A construção de benfeitorias na faixa de segurança da linha de energia gera riscos aos moradores, tendo em vista que, em caso de acidentes com a linha de energia, é possível que ocorram sérios danos à saúde dos moradores ou até mesmo o óbito.

Ressalta-se que, além dos casos de eventuais acidentes, a existência de benfeitorias na faixa de segurança das linhas prejudica a manutenção e inspeção rotineira da rede, assim como potencializam os prejuízos à saúde dos moradores e a ocorrência de acidentes.

Portanto, a perícia constatou que a edificação do apelante está inserida em faixa de segurança de energia elétrica.

O só fato de se localizar em área de servidão administrativa é suficiente para autorizar a desocupação do imóvel, além da demolição da obra. Ademais, o imóvel e, em consequência, seus moradores, estão em situação de alto risco, o que reforça a necessidade de demolição.

Por outro lado, embora o apelante requeira o direito de concessão real de uso especial de moradia, o pedido improcede, notadamente considerando o risco a que ele próprio e sua família ficariam submetidos. Além disso, a instituição da servidão administrativa autoriza ao Poder Público ou aos seus delegatários a utilização de propriedade privada e as restrições ao uso impostas ao possuidor do imóvel onerado decorrem da natureza da servidão.

Por fim, quanto ao pedido eventual de indenização para o caso de se determinar a desocupação e a demolição da construção, pelo valor da benfeitoria, este também deve ser indeferido.

Não vislumbro boa-fé no requerido, já que invadiu área de faixa de segurança correspondente à servidão da concessionária. Parece pouco plausível que o adquirente/possuidor de imóvel não visse rede de alta tensão passando por cima da edificação.

Assim considerando, não se vislumbra a boa-fé a justificar a indenização pelas benfeitorias.

Portanto, a desocupação da edificação e sua demolição são medidas de rigor, razão pela qual a sentença deve ser confirmada.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso para manter os termos da sentença.

Custas recursais na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WILSON BENEVIDES E BELIZÁRIO DE LACERDA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Divórcio c/c partilha de bens - Imóvel adquirido na constância do casamento - Presunção da propriedade - Usucapião familiar - Separação de fato - Prescrição decenal - Art. 205 do CC/02 - Ocorrência - Decurso de tempo

- A pretensão de partilhar bem imóvel é suscetível de prescrição decenal, eis que ao tempo da distribuição da ação de divórcio, já havia transcorrido mais de 20 (vinte) anos da separação de fato do casal.

V.v. Apelação cível. Divórcio c/c partilha de bens. Imóvel adquirido na constância do casamento. Presunção da propriedade. Usucapião familiar. Ausência de prova inequívoca. Discussão nas vias ordinárias. Necessidade de partilha. Posse exclusiva do imóvel por um dos cônjuges. Alugueis. Cabimento após a partilha e até dissolução do condomínio. Provimento parcial do recurso. No regime de comunhão parcial, os bens adquiridos na constância do casamento devem ser partilhados, à luz do disposto no art. 1.658, do CC/02, ressalvadas as exceções legais. Embora a usucapião familiar seja admitida como matéria de defesa, ela não é suficiente, no caso, para impedir a partilha do imóvel de propriedade do casal, haja vista a controvérsia quanto ao preenchimento do requisito "abandono do lar", que deve ser dirimido nas vias próprias. A jurisprudência do col. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, antes da partilha, não é admitido o arbitramento de alugueis (ou indenização) ao cônjuge privado da posse do bem comum, salvo se houver manifestação expressa e induvidosa de oposição da parte tolhida quanto ao uso exclusivo daquele que permanece na posse do bem imóvel e se for possível a identificação inequívoca dos bens e do quinhão de cada cônjuge. Efetivada a partilha, supera-se o empecilho até então existente, revelando-se possível a estipulação de aluguel a ser pago pelo cônjuge que detém a posse exclusiva do bem comum até que ultimado o condomínio formado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.142372-8/001 - Comarca de Caratinga - Apelante: J.M.F. - Apelado: G.A.R.M. - 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 NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2022. - *Wilson Benevides* - Relator.

Voto

DES. WILSON BENEVIDES - Trata-se de apelação interposta contra a sentença de Ordem 33, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Caratinga, que julgou improcedente a Ação de Divórcio Litigioso c/c Partilha de Bens proposta por J.M.F. em face de G.A.R.M.

Inconformado, o requerente sustenta que a aplicação da usucapião familiar requer o preenchimento dos requisitos enumerados no art. 1.240-A, do Código Civil, o que não restou comprovado no caso. Afirma ser da apelada o ônus de comprovar o abandono do lar pelo demandante, eis que se trata de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito autoral.

Aduz que apenas saiu de casa, permitindo que sua ex-esposa ali permanecesse, pois seus filhos até pouco tempo residiam com ela. Alega que a apelada não comprovou que restou desamparada enquanto da posse unilateral do imóvel. Ressalta que se viu onerado com a situação, pois foi obrigado a pagar aluguel desde a separação de fato. Defende que deixar voluntariamente o imóvel não se confunde com abandonar o lar.

Salienta que ainda é necessário verificar se a apelada possui outro imóvel urbano ou rural. Logo, argumenta que não poderia o juiz ter impedido a partilha do bem comum com fundamento na usucapião familiar, visto que não comprovados os requisitos que autorizam a sua configuração. Dessa sorte, pontua que a apelada deve pagar 50% (cinquenta por cento) do valor do aluguel do bem desde a separação de fato e enquanto permanecer na posse exclusiva do imóvel.

Isso posto, requer o provimento do recurso, para reformar a sentença, determinando-se a partilha do patrimônio comum do casal na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada, ressalvado o direito de preferência de qualquer das partes em adquirir a parte ideal do outro, e fixando-se, no mínimo, a quantia de R$200,00 (duzentos reais), a título de alugueis, desde a separação de fato e enquanto a recorrida permanecer na posse exclusiva do imóvel.

Subsidiariamente, pugna para que a apelada fique com os direitos referentes à construção realizada no térreo e o apelante com os direitos referentes ao piso superior da casa. Ou, então, que, permanecendo-se a mancomunhão, sejam arbitrados alugueis, de, no mínimo, R$200,00 (duzentos reais), a partir da separação de fato e enquanto a apelada estiver na posse exclusiva do imóvel.

Contrarrazões à Ordem 41, pugnando o desprovimento do apelo.

É, em síntese, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso voluntário e o recebo em seus regulares efeitos.

Compulsando o caderno processual, verifica-se que o apelante ajuizou esta demanda requerendo a decretação do divórcio entre ele e a ré; a partilha de um imóvel, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada, e o arbitramento de aluguel pelo uso exclusivo do bem pela requerida.

A demandada, então, apresentou reconvenção, pleiteando o reconhecimento de usucapião familiar e, em contestação, pediu a improcedência do pedido de partilha de bens.

Na sentença, o MM. Juiz *a quo* entendeu que não seria cabível a reconvenção de usucapião, *"que tem regramento próprio, inclusive com a possibilidade da inclusão de terceiros estranhos a lide"*. Desta feita, pontuou que a usucapião deve ser objeto de ação própria, mas considerou possível apreciá-la como matéria de defesa.

Conquanto entenda que a via seria adequada para análise do pedido reconvencional, a reconvinte não se insurgiu da sentença nesse tocante. Desta feita, diante do efeito devolutivo da apelação, a controvérsia recursal cinge-se em examinar a pretensão de partilha do imóvel situado na Rua A.F.V., nº XX, na cidade de C., apresentando a usucapião como pano de fundo da análise do pedido autoral.

Conforme é cediço, há na legislação civil dispositivo que permite o reconhecimento do instituto da usucapião entre cônjuges quando restar configurado o abandono do lar por qualquer um deles. O art. 1.240-A, do Código Civil, inserido pela Lei nº 12.424/2011, elenca as condições necessárias para tanto, senão vejamos:

> Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Da leitura do art., extrai-se que adquirirá o domínio integral de imóvel, de até 250m², o cônjuge que sobre este exercer posse direta e exclusiva, por dois anos ininterruptos e sem oposição, e desde que demonstrados o abandono do lar pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro e a sua utilização como moradia sua ou de sua família. Ressalte-se, ainda, ser vedada essa modalidade de aquisição de domínio quando o cônjuge/companheiro for proprietário de outro imóvel.

Na espécie, o documento de Ordem 04, consistente em Certidão do Registro de Imóveis de C., não deixa dúvidas de que o imóvel foi adquirido pelo autor na constância do casamento e que sua metragem (67m²) é inferior àquela exigida por lei (250m²).

A posse direta e exclusiva pela requerida também é incontroversa; tanto é que, partindo dessa premissa, o demandante pleiteia a condenação dela ao pagamento de alugueis.

A controvérsia reside na prova do abandono do lar pelo ex-cônjuge, uma vez que, defende o recorrente, a sua saída do lar no ano 2000 não é suficiente para comprovar esse fato, mormente porque, nesse período, teria prestado auxílio financeiro para os filhos menores. Segundo ele: "o simples fato de o apelante deixar que a ex-esposa ficasse na casa com os filhos para que não pagassem aluguel já demonstra que não houve o sobredito desamparo.". Acrescenta, ainda, que "diante da insuportabi-

lidade da vida em comum, com o intuito de evitar animosidades e manter o respeito mútuo, prefere-se retirar-se da residência, ainda mais quando se sabe que os filhos irão residir naquele imóvel".

Em audiência, a requerida confirma que *"teve processo judicial obrigando o autor a pagar alimentos aos filhos", ao passo que também esclarece que "cobrou 50% (cinquenta por cento) do IPTU do autor quando ele saiu de casa, mas ele mandou responder que ele não colocaria mais nenhum dinheiro na casa [...]"*. Noutro espeque, foi colacionado pelo autor documento emitido pelo Município onde está situado o imóvel, apontando a existência de débitos em aberto de IPTU, relativos aos exercícios de 2013 a 2020.

Nessa senda, denota-se que o reconhecimento da usucapião, na espécie, não se revela questão simplória, tal como apresentado na sentença, principalmente porque reclama a demonstração de que, no lapso temporal exigido por lei, houve descumprimento dos deveres conjugais pelo recorrente, tais como assistência material e dever de sustento do lar. É o que consta no Enunciado nº 499, da V Jornada de Direito Civil:

> A aquisição da propriedade na modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil só pode ocorrer em virtude de implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. O requisito "abandono do lar" deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e dever de sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente com as despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, justificando a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião.

Logo, embora a usucapião familiar seja admitida como matéria de defesa, ela não é suficiente, *in casu*, para impedir a partilha do imóvel de propriedade do casal, haja vista a controvérsia quanto ao preenchimento do requisito "abandono do lar" - que, a meu ver, não restou elucidado nestes autos.

Nesse tocante, convém ponderar que apesar de o douto Julgador ter entendido, na fundamentação, pela caracterização da usucapião familiar, a improcedência do pedido de partilha sequer alcançou o efeito prático pretendido, na medida em que, ao que consta do documento de Ordem 08, o imóvel está registrado em nome do autor, e não da ré.

A manutenção da improcedência do pedido inicial, na verdade, gera uma situação de incerteza jurídica, eis que ao mesmo tempo em que reconhecida na sentença a necessidade da usucapião ser decidida pelas vias próprias, obsta a divisão de um bem, registrado em nome do requerente, mas com fundamento no preenchimento dos requisitos do art. 1.240-A, do Código Civil pela parte adversa.

Desta feita, comprovada a aquisição do imóvel durante o casamento e não demonstrada, de forma inequívoca, a usucapião familiar, impõe-se a partilha do bem apontado no documento de Ordem 04. A propósito, é o que se extrai do art. 271, do Código Civil de 1916, que se encontrava em vigor quando do casamento entre as partes em 30.09.1978:

> Art. 271. Entram na comunhão:
>
> I. Os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges.
>
> [...]

De modo semelhante, o Código Civil de 2002, estabelece que estão incluídos na comunhão *"os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges"* (art. 1.660, I). Nesse espeque, independente da posição que se adote quanto à legislação aplicável à espécie, o resultado prático será o mesmo, haja vista a reprodução do art. disposto no Código Civil de 1916 no atual Código Civil.

Assim sendo, tem-se que o pedido de partilha do imóvel deve ser julgado procedente, competindo a cada um dos réus 50% (cinquenta por cento) sobre o bem descrito na exordial.

Vale destacar que, uma vez não conhecido o pedido reconvencional, a discussão neste feito quanto à configuração da usucapião familiar não faz coisa julgada material, servindo apenas de fundamentação do Acórdão. Por conseguinte, nada obsta que a ré recorra às vias ordinárias para ver declarado o pretenso direito.

O apelante pleiteia também condenação da ré ao pagamento de alugueis, ao fundamento de que ela tem usufruído de forma exclusiva dos bens de propriedade do casal.

A esse respeito, a jurisprudência do col. Superior Tribunal de Justiça e deste Eg. Tribunal é no sentido de que, antes da partilha, não é admitido o arbitramento de alugueis (ou indenização) ao cônjuge privado da posse do bem comum. Isso se dá pela comunhão patrimonial existente, de sorte que, nessa condição, a posse e a propriedade são indivisíveis, encontrando-se os bens em estado de "mancomunhão", conforme intitulado pela doutrina.

Excepcionalmente, porém, entende-se que essa fixação é permitida se houver manifestação expressa e induvidosa de oposição da parte tolhida quanto ao uso exclusivo daquele que permanece na posse do bem imóvel e se for possível a identificação inequívoca dos bens e do quinhão de cada cônjuge.

Por sua vez, efetivada a partilha, supera-se o empecilho até então existente, revelando-se possível a estipulação de aluguel a ser pago pelo cônjuge que detém a posse exclusiva do bem comum até que ultimado o condomínio formado. Essa providência, além de evitar o enriquecimento sem causa daquele que usufrui do bem comum, constitui estímulo à resolução da controvérsia havida entre as partes, que, no caso em apreço, objetivam por fim ao condomínio formado.

Veja-se, a propósito, a jurisprudência sedimentada sobre o tema:

> Recurso especial. Direito de família. Patrimônio comum do casal. Posse exclusiva. De um dos ex-cônjuges. Aluguéis. Pendência de partilha. Indenização afastada. Dever de

prestação de contas. Locupletamento ilícito. Vedação. Momento processual oportuno. 1. O arbitramento de aluguel, bem como o ressarcimento pelo uso exclusivo de bem integrante do patrimônio comum do casal, somente é possível nas hipóteses em que, decretada a separação ou o divórcio e efetuada a partilha, um dos cônjuges permaneça residindo no imóvel. 2. A ruptura do estado condominial pelo fim da convivência impõe a realização imediata da partilha, que, uma vez procrastinada, enseja a obrigação de prestar contas ao outro cônjuge alijado do direito de propriedade no momento processual oportuno. 3. A administração do patrimônio comum da família compete a ambos os cônjuges (arts. 1.663 e 1.720 do CC), sendo certo que o administrador dos bens em estado de mancomunhão tem o dever de preservar os bens amealhados no transcurso da relação conjugal, sob pena de locupletamento ilícito. 4. Recurso especial conhecido e provido (REsp nº 1470906/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. em 06.10.2015, *DJe* 15.10.2015).

Processual civil. Agravo interno no recurso especial. Ação de divórcio e partilha. Arbitramento de alugueis contra ex-cônjuge que permanece na posse exclusiva do imóvel antes da partilha. Possibilidade. Hipótese em que não há pedido de arbitramento de aluguel, mas sim de responsabilização pelo pagamento do financiamento do bem adquirido pelo casal. Inovação recursal ocorrida na apelação. Inadmissibilidade. Súmula nº 568/STJ. Prequestionamento. Ausência. Súmula nº 211/STJ. 1- É admissível a fixação de alugueis devidos contra o cônjuge que, após a separação de fato ou divórcio, permanece na posse exclusiva de bem comum de propriedade do casal, inclusive antes mesmo da partilha do bem, desde que não haja dúvida acerca d*a quo*ta-parte de cada cônjuge e de que haja oposição à posse exclusiva, o que não é o caso dos autos. Precedentes. 2- Hipótese em que, ausente pedido de arbitramento de aluguel ou de reversão de valores de financiamento pagos à parte que não possui a posse do bem, ocorre inovação, apenas no âmbito do recurso de apelação, de modo a desnaturar o pedido formulado e a ele agregar elementos não contidos na petição inicial, expediente sabidamente vedado pelo ordenamento jurídico. 3- A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 4- Agravo interno desprovido (AgInt no REsp nº 1847015/RS, Rel. Min.ª Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 19.10.2020, *DJe* de 21.10.2020).

Agravo interno nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Ação condenatória. Decisão monocrática que deu provimento ao reclamo. Insurgência recursal do demandado. 1. Na separação e no divórcio, sob pena de gerar enriquecimento sem causa, o fato de certo bem comum ainda pertencer indistintamente aos ex-cônjuges, por não ter sido formalizada a partilha, não representa automático empecilho ao pagamento de indenização pelo uso exclusivo do bem por um deles, desde que a parte que toca a cada um tenha sido definida por qualquer meio inequívoco. Incidência da Súmula nº 83/STJ. 2. Agravo interno desprovido (AgInt nos EDcl no AREsp nº 945.458/SP, Rel. Min.Marco Buzzi, 4ªTurma, j. em 25.05.2020, *DJe* de 28.05.2020).

Apelação cível. Arbitramento e cobrança de alugueis. Bem comum. Fixação. Possibilidade. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é possível o arbitramento de aluguel, bem como o ressarcimento pelo uso exclusivo de bem integrante do patrimônio comum do casal, nas hipóteses em que, decretada a separação ou o divórcio e efetuada a partilha, um dos cônjuges permaneça residindo no imóvel (TJMG - Apelação Cível nº

1.0000.20.487045-5/001, Rel.ª Des.ª Mônica Libânio, 11ª Câmara Cível, j. em 10.02.2021, p. em 10.02.2021).

In casu, a falta de prévia oposição do apelante quanto à posse do bem pela apelada, além da ausência de elementos seguros e contundentes a evidenciar a cota-parte destinada a cada um dos consortes, impede a fixação de alugueis em momento anterior a partilha.

Desse modo, há de incidir, na espécie, a regra geral, segundo a qual até a partilha, não se mostra possível a fixação de alugueis ou indenização ao consorte que não está na posse do bem que integra o acervo partilhável.

Contudo, a partir do trânsito em julgado deste Acórdão, resta definida a cota-parte de cada um dos ex-cônjuges sobre os imóveis partilhados. Nessa perspectiva, diante da constituição de um condomínio, impõe-se a aplicação do disposto no art. 1.319, do Código Civil, o qual prevê que "cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa e pelo dano que lhe causou".

Dessa feita, tem-se por pertinente o pagamento de indenização pela requerida pelo uso exclusivo do imóvel que é de propriedade de ambos os ex-consortes, em valor equivalente a metade do aluguel desse bem.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para julgar parcialmente procedente o pedido inicial, determinando-se: i) a partilha do imóvel de matrícula nº 16.448, junto ao Cartório de Registro de Imóveis de Caratinga, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada parte; ii) o pagamento pela ré, a partir do trânsito em julgado desse Acórdão, de metade do aluguel do referido imóvel ao requerido, a ser aferido em liquidação de sentença, até que se ponha fim ao condomínio formado.

Custas pela ré, haja vista que o autor decaiu de parcela mínima do pedido, suspensa a sua exigibilidade, eis que lhe defiro os benefícios da justiça gratuita.

DES.ª ALICE BIRCHAL - Peço vênia ao i. Relator, Des. Wilson Benevides, para suscitar questão de ordem pública concernente à prescrição do direito pleiteado pela parte Apelante.

Prescrição do direito à partilha do bem imóvel.

Conforme se extrai dos autos, o Apelante J.M.F. - com atuais 65 (sessenta e cinco) anos, propôs "Ação de Divórcio", em face de G.A.R.M., 63 (sessenta e três) anos, com pedido de partilha do único bem imóvel do casal.

As partes contraíram matrimônio em 30.09.1978, e o próprio Requente admite que estão separados de fato desde 30.06.2000, sendo que a parte Requerida reside no único bem comum do ex-casal.

Conforme devidamente apontado pelo Relator, Des. Wilson Benevides, a Apelada apresentou Reconvenção, pleiteando o reconhecimento da usucapião familiar e, em contestação, pediu a improcedência do pedido de partilha de bens.

Contudo, o Magistrado *a quo* afastou a possibilidade de analisar o pedido da usucapião familiar na ação de divórcio, o que deveria ser objeto de ação própria. Por sua vez, o d. Relator ponderou que embora tal pretensão possa ser admitida como matéria de defesa, não seria suficiente, *in casu*, para impedir a partilha do imóvel de propriedade do casal, haja vista a controvérsia quanto ao preenchimento do requisito "abandono do lar" - que, ao seu entendimento, não estaria elucidado nestes autos.

Por conseguinte, concluiu pela procedência parcial do pedido inicial, a fim de partilhar do imóvel e respectivo pagamento de aluguel pela Requerida, até que se encerre o condomínio formado entre as partes.

Com a devida vênia, como já ponderei no acórdão de minha Relatoria - Apelação Cível Nº 1.0000.20.530627-7/002, j. em 26.10.2021 -, prevalece em nossos Tribunais Superiores o entendimento de que o direito à partilha de bens pode ser atingido pela prescrição, embora não haja prescrição legal específica nesse sentido.

Sopesa-se que a separação de fato é decisão de livre arbítrio dos cônjuges, e conquanto encerre a relação conjugal sem que se recorra aos meios legais, permanecem as partes no estado civil de casados - contudo, como ponderado pelo Ministro Moura Ribeiro, relator de Recurso Especial em caso análogo, julgado pela 3ª Turma do STJ, se tanto a separação judicial (ato jurídico) como a separação de fato (fato jurídico), comprovadas por prazo razoável, produzem o efeito de encerrar os deveres de coabitação e fidelidade recíproca, bem como o regime matrimonial de bens, não há óbice em considerar passível de término a sociedade de fato e a sociedade conjugal. Por conseguinte, não haveria empecilho à fluência da prescrição nas relações com tais distinções jurídicas (*https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Separacao-de-fato-tambem-permite-curso-da-prescricao-para-pedido-de-partilha-de-bens.aspx*).

Em tese, da simples leitura dos arts. 197 e 1.571 do CC/ 2002, poder-se-ia apreender que a prescrição entre os cônjuges somente flui com a morte de um deles; a nulidade ou anulação do casamento; a separação judicial ou o divórcio - ou seja, não há previsão taxativa da separação de fato como causa de término da sociedade conjugal.

Arrazoa-se que o liame entre os cônjuges pressupõe confiança e o afeto, motivo pelo qual existiria o impedimento da fluência do prazo de prescrição - como taxativamente previsto no art. 197 do CC/02 -, na vigência da sociedade conjugal, cuja finalidade estaria direcionada à preservação da harmonia familiar e estabilidade da união.

Todavia, a separação de fato comprovada, por período razoável de tempo, pode ensejar a mitigação do rol de causas de dissolução da sociedade conjugal, previsto no referido art. 1.571, para que produza os mesmos efeitos da separação judicial, sendo, portanto, circunstância que enseja a dissolução do vínculo matrimonial, não impedindo o curso do prazo prescricional nas causas envolvendo direitos e deveres matrimoniais.

Nessa ordem, tem-se que art. 206 do CC aponta hipóteses taxativas, em que se aplicam prazos prescricionais de 01 (um) a 05 (cinco) anos, para determinadas pretensões, sem que conste expressa previsão para a partilha de bens - o que atrairia, na espécie específica, o preceito do art. 205 do mesmo diploma legal: *"quando a lei não lhe haja fixado prazo menor, a prescrição ocorre em dez anos"*.

Assim, pondero que o direito à partilha do bem imóvel do casal, que se pretende partilhar, encontra-se fulminado pela prescrição decenal, haja vista a ocorrência da separação do casal, 30.06.2000, e a distribuição da ação de divórcio em 10/11/2020- ressalvando-se que a prescrição constitui matéria de ordem pública, cognoscível de ofício e em qualquer grau de jurisdição.

Logo, mostra-se plausível indeferir o pedido do Apelante, por razão distinta daquela assentada em sentença, concernente à impossibilidade do reconhecimento da usucapião familiar pretendida em Reconvenção, mas pela ocorrência da prescrição da pretensão do Autor/Apelante, de ver partilhado o bem imóvel, em que reside exclusivamente a Recorrida, há mais de 20 (vinte) anos.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso de apelação, para julgar improcedente a partilha do bem imóvel de matrícula nº 16.448, registrado no Cartório de Registro de Imóveis de Caratinga, em razão da prescrição, declarada de ofício, da pretensão da parte Autora, de partilhar o bem.

Custas e honorários advocatícios pelo Apelante. Suspenso o pagamento, porquanto litiga sob o pálio da justiça gratuita.

DES. WILSON BENEVIDES - Da questão de ordem suscitada pela em. Desembargadora 1ª Vogal

A despeito dos argumentos levantados pela Em. Desembargadora Alice Birchal, entendo que não restou configurada a prescrição no caso em exame. Isso porque, à luz do art. 197, I, do Código Civil, "não corre a prescrição entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal".

Nessa toada, uma vez que o divórcio entre as partes só foi decretado no bojo deste processo, conclui-se que, até então, a prescrição da pretensão de partilha de bens não correu entre os cônjuges.

Dessarte, conquanto a posição defendida pela Em. Desembargadora 1ª Vogal encontre amparo em julgados do col. STJ, a estes não me filio, por não reputar cabível a interpretação extensiva do art. 1.571, do Código Civil, de modo a permitir que a separação judicial, disposta no inciso III, abranja também as hipóteses de separação de fato, ainda que por período razoável de tempo.

Logo, uma vez que a separação de fato não foi incluída pelo legislador como forma de dissolução da sociedade conjugal, essa condição não é apta, por si só, a permitir o transcurso do prazo prescricional.

Assim, rejeito a prejudicial de mérito suscitada.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Com a devida vênia do e. Relator hei por bem dissentir de seu judicioso voto para aderir à divergência levantada pela e. 1º Vogal Desembargadora Alice Birchal.

É como voto.

DES. PEIXOTO HENRIQUES - Peço vênia ao i. Relator para acompanhar a divergência instaurada pela i. 1ª Vogal, por ser consentâneo ao entendimento firmado na AC n.º 1.0000.20.530627-7/002 (*DJe* de 09.11.2021), no qual atuei como 2º Vogal, de acordo com a eminente Desembargadora.

É como voto.

DES. OLIVEIRA FIRMO - APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.20.488463-9/001 - COMARCA DE CARATINGA - APELANTE: J.M.F. - APELADO: G.A.R.M. - RELATOR: DES. WILSON BENEVIDES.

VOTO CONVERGENTE

DES. OLIVEIRA FIRMO - Senhor Presidente, em razão da ampliação deste julgamento (art. 942 do Código de Processo Civil - CPC):

> Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.
>
> §1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.
>
> §2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.
>
> §3º A técnica de julgamento prevista neste art. aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:
>
> I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;
>
> II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.
>
> §4º Não se aplica o disposto neste art. ao julgamento:
>
> I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;
>
> II - da remessa necessária;
>
> III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

Manifesto-me apenas quanto à divergência apresentada, em prejudicial de mérito sobre a incidência da prescrição entre cônjuges diante da separação de fato, ainda pendente o divórcio do casal. E, quanto ao ponto, acompanho o resultado a que conduz o voto do Relator, Des. Wilson Benevides, conforme já me manifestei em feito de minha relatoria (AC nº 1.0069.13.000576-7/001).

É o voto.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelações cíveis - Divórcio litigioso - Regime da comunhão parcial de bens - Partilha de bens - Bens particulares - Dívidas comuns - Pensão alimentícia em favor do filho menor - Binômino necessidade e possibilidade - Princípio da proporcionalidade - Pensão em favor da ex-cônjuge - Medida excepcional - Necessidade não comprovada - recursos parcialmente providos

- Não se comunicam os bens particulares e sub-rogados em seu lugar, sob pena de enriquecimento sem causa do ex-cônjuge.

- Em relação aos débitos, as dívidas contraídas durante o casamento em favor do núcleo familiar, devem ser decotadas do montante devido a cada um dos cônjuges, na proporção de 50% (cinquenta por cento).

- Metade do saldo e aplicações financeiras existentes na conta conjunta, parte pertencente à irmã do recorrente, deve ser excluída da partilha de bens, uma vez que, por analogia às regras do condomínio, presume-se que cada titular faz jus à metade dos valores.

- A pensão alimentícia fixada em favor do filho menor visa suprir suas necessidades e garantir qualidade de vida compatível com o padrão de vida dos pais.

- A pensão alimentícia em favor do ex-cônjuge é medida excepcional e temporária, que requer comprovação pelo requerente da impossibilidade de manutenção de sua própria subsistência.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0116.15.003863-0/003 - COMARCA DE CAMPOS GERAIS - 1º APELANTE: R.F.M. - 2º APELANTE: V.S.M.M. - APELADOS: R.F.M., V.S.M.M. - 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 acolher parcialmente a preliminar e dar parcial provimento à primeira apelação e dar parcial provimento à segunda apelação.

Belo Horizonte, 19 de maio de 2022. - *Carlos Roberto de Faria* - Relator.

Voto

DES. CARLOS ROBERTO DE FARIA - Trata-se de apelações cíveis interpostas R.F.M e V.S.M. em face da sentença proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Campos Gerais, nos autos da ação de divórcio c/c guarda, alimentos e partilha de bens, proposta pelo primeiro apelante em desfavor da segunda apelante.

O juízo julgou os pedidos parcialmente procedentes, nos seguintes termos:

Pelo exposto, julgo procedentes os pedidos iniciais, com resolução de mérito, na forma do art. 487, I, do Código de Processo Civil, para ordenar a partilha de bens, nos termos definidos na fundamentação desta sentença, bem como para fixar alimentos em favor, do filho menor do casal no montante correspondente a 4 (quatro) salários-mínimos.

Condeno a parte requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2°, do Código de Processo Civil.

Intime-se o Ministério Público desta sentença.

Interposto eventual recurso de apelação, intime-se a parte contrária para, no prazo legal, apresentar contrarrazões e, em seguida, remetam-se os autos ao Egrégio TJMG, com as nossas homenagens de estilo.

Não sendo interposto recurso de apelação e transitada em julgado, remetam-se os autos à contadoria para a apuração de eventuais custas finais, as quais, acaso existentes, devem ser suportadas pela parte requerida, conforme antevisto.

Paga as custas, ou inexistindo-as, arquivem-se os autos, com baixa na distribuição.

Não sendo pagas as custas, expeça-se CNPDP e, em seguida, arquive-se o feito, com a devida baixa.

Ressalta-se que eventual cumprimento de sentença deverá ser promovido nos meios eletrônicos, conforme art. 150, II, do Provimento 355/2018, da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais.

Publique-se, registre-se, intime-se e cumpra-se.

Em suas razões, o primeiro apelante argui a nulidade da sentença por ausência de fundamentação, sob argumento de que o juízo *a quo* não julgou os pedidos de (i) exclusão da partilha dos bens particulares e sub-rogados em seu lugar, no tocante às sacas de café existentes em seu nome, (ii) inclusão das dívidas contraídas pelo casal vinculadas pelas cédulas rurais hipotecárias n° 40/01966-6 e 40/01966-7 e (iii) exclusão da partilha do montante equivalente a 50% (cinquenta por cento) do saldo contido na conta conjunta com sua irmã.

Nesse sentido, requer a declaração da nulidade da sentença, para que seja proferida nova decisão ou que seja determinada a remessa dos autos ao juízo de origem.

No mérito, alega que foi indevida a inclusão das 3.901 sacas de café na partilha dos bens, por se tratar de patrimônio particular, decorrente do planejamento sucessório adotado por seu pai. Em razão disso, pugna pela sua exclusão do montante a ser partilhado.

Além disso, requer a inclusão na partilha das cédulas hipotecárias nº 40/01966-6 e 40/01966-7, gravadas na matrícula 15.389, f. 244, Livro 2-BD do CRI local, nas quais contam as partes como devedoras.

Outrossim, pleiteia a exclusão de 50% (cinquenta por cento) do saldo vinculado à conta/aplicação nº XXXXX-X, por ser de propriedade de sua irmã.

No que se refere à partilha, pugna ainda pela fixação da forma de liquidação do saldo e movimentações nas contas existentes no nome das partes.

Em relação à pensão alimentícia do filho do ex-casal, requer a redução do valor de 4 salários mínimos para 1,5 salários mínimos, sob argumento de que o montante fixado excede as necessidades do menor.

Ademais, que considerando as despesas da criança, quando está sob seus cuidados, ultrapassa suas possibilidades financeiras.

Em desfecho, pugna pela reforma parcial da sentença.

A primeira apelada apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção integral da decisão (Ordem 47).

Em suas razões, a segunda apelante pleiteia pela reforma da sentença para que seja concedida a justiça gratuita. Aduz que não possui condições de arcar com as custa processuais e honorários sucumbenciais, e que as provas contidas nos autos demonstram o preenchimento dos requisitos estabelecidos pela Lei nº 1.060/50.

Além disso, que o apelado não se desincumbiu do seu ônus de comprovar que ela possui capacidade financeira suficiente para arcar com as despesas processuais.

No mérito, pleiteia a reforma da sentença para que sejam majorados os alimentos fixados pelo juízo primevo, conforme o pedido contraposto realizado e em conformidade com o art. 1.694, § 1º e art. 1.695, ambos do Código Civil.

Argumenta que o segundo apelado restou vencido em partes dos pedidos realizados. Nesse sentido, requer, com base no princípio da proporcionalidade, a redistribuição dos ônus sucumbenciais.

Por fim, pleiteia a reforma parcial da sentença.

O segundo apelado apresentou contrarrazões, requerendo que fosse negado provimento ao recurso (Ordem 57).

A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento de ambos os recursos.

É o relatório.

Juízo de Admissibilidade

Conheço das apelações cíveis, porquanto presentes os seus pressupostos de admissibilidade. Recebo os recursos apenas no efeito devolutivo, em conformidade com o art. 1.012, II, do CPC.

Preliminar.

Ausência de adequada fundamentação.

O primeiro apelante sustenta que o juízo primevo deixou de analisar os seguintes pedidos: (i) exclusão da partilha dos bens particulares e sub-rogados em seu lugar, no tocante às sacas de café existentes em seu nome, (ii) inclusão das dívidas contraídas pelo casal vinculadas pelas cédulas rurais hipotecárias n° 40/01966-6 e 40/01966-7 e (iii) exclusão da partilha do montante equivalente a 50% (cinquenta por cento) do saldo contido na conta conjunta com sua irmã.

No que tange ao pedido de exclusão das sacas de café da partilha de bens, verifico do teor da decisão, que o juízo, na verdade, rejeitou a tese de que se tratam de bens particulares, ao considerá-los bens comuns (Ordem 35, f. 4).

Nesse sentido, eventual erro na classificação dos bens deve ser analisada no mérito, não havendo que se falar em ausência de fundamentação.

Em relação à inclusão de dívidas, averiguo que essa tese foi suscitada nos embargos de declaração apresentados (Ordem 37).

O juízo primevo rejeitou-os, sob os seguintes fundamentos (Ordem 40):

> O embargante alega que a sentença é omissa no que se refere à partilha das cédulas rurais e hipotecárias nº 40/01667-6 (emissão em 15.03.2012); nº 40/01966-7 (Emissão em 18.12.2012), gravadas na matrícula 15.389, f. 244, livro 2-BD do CRI local (f. 307/309), bem como assevera que houve omissão no tocante à partilha dos valores e rendimentos existentes na conta corrente nº XXXXX-X, sem a ressalva dos valores pertencentes à irmã do requerente, Fernanda Figueiredo Miarelli, também titular da referida conta. Ocorre que, compulsando minuciosamente os autos e analisando os pedidos elaborados pelo embargante em sua contestação às f. 69/61 e em alegações finais às f. 614/624, verifica-se que em momento algum foi feito pedido para inclusão de referidas cédulas na partilha dos bens. Ademais, após a juntada da resposta do oficio do Banco do Brasil às f. 463/464, foi dada vista à parte para manifestar-se às f. 479/484. Porém, nada manifestou com relação dos valores eventualmente pertencentes a Fernanda Figueiredo Miarelli. Além disso, verifica-se na documentação de f. 463/464, consta como cliente apenas o nome do embargante. Ressalta-se que o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte (art. 141, CPC).

Da análise dos autos, verifico que razão assiste ao apelante.

As cédulas hipotecárias foram juntadas pela ré, quando apresentou sua contestação (Ordem 11, f. 108).

Em sua impugnação à contestação, ao tratar dos documentos apresentados, o autor declarou (Ordem 13, f. 144): *"Diante disso, impugna-se in totum o patrimônio, a divisão de custos, a renda declarada e a partilha apresentada pela Requerida, vez que conforme exaustivamente esclarecido não corresponde a realidade do casal."*

E, em suas alegações finais, pleiteou (Ordem 34, f. 15):

> Nesse diapasão, requer a exclusão das sacas de café já existentes em nome do Autor, vez que não foram adquiridas sob a constância do casamento; a exclusão do valor contido em conta corrente do Autor, devolvido ao seu pai a título de empréstimo; o valor decorrente dos implementos agrícolas, comprovadamente pertencentes a José Fernando Miareili e, por fim, a dedução das dívidas e pagamentos suportados pelo Autor caso haja qualquer direito de partilha de bens e/ou valores, pois essa é a medida de direito e justiça que se impõe ao presente caso.

Diante do exposto, verifica-se que, no momento oportuno, o apelante refutou os valores apresentados pela ré. Outrossim, em suas alegações finais, requereu a dedução das dívidas.

Em razão disso, entendo que a análise da inclusão das cédulas rurais era viável no caso dos autos, devendo ser suprida a omissão na análise do pedido.

Em contrapartida, os extratos da conta corrente nº XXXXX-X foram juntados pelo Banco do Brasil em atenção ao ofício judicial, no curso da fase instrutória (Ordem 25, f. 51-55).

Em suas manifestações acerca dos documentos, a parte não fez qualquer menção à alegada copropriedade com sua irmã (Ordem 24 e Ordem 34). Assim, o pleito relativo à conta XXXXX-X resta precluso, conforme consignado pelo juízo *a quo*.

Ante o exposto, acolho parcialmente a preliminar de ausência de adequada fundamentação suscitada pelo primeiro apelante.

Ao caso, aplica-se a Teoria da Causa Madura, porquanto os documentos necessários para análise do pedido estão contidos nos autos. De modo que o pleito de inclusão das dívidas do casal na partilha de bens será analisado no mérito do recurso, em conformidade com o art. 1.013, § 3º, III, do CPC.

Sem mais preliminares, passo a análise do mérito.

Mérito

As controvérsias da primeira apelação cingem-se à partilha dos bens e ao valor da pensão alimentícia fixada em favor do menor E.M.

Das sacas de café

Em relação ao acervo de bens, o primeiro apelante pleiteia a exclusão das 3.901 sacas de café, sob argumento que se trata de patrimônio particular adquirido antes do casamento.

Da análise dos autos, vislumbra-se que sua alegação encontra-se amparada nas provas documentais produzidas.

De acordo com declaração da Cooperativa dos Cafeicultores de Campos Gerais e Campo do Meio Ltda. (COOPERCAM), assinada pelo seu Diretor Administrativo, em 31.01.2010, o estoque de propriedade do apelante era de 5.034 sacas de café (Ordem 24, f. 87-88).

As partes contraíram núpcias em 05.02.2010, tendo adotado o regime de comunhão parcial de bens (Ordem, f.).

Sobre os bens particulares e preexistentes ao casamento, estabelece o art. 1.659, I do CC: *"Excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar."*

Nesse contexto, inexiste direito à meação da apelada em relação às 3.901 sacas de café contabilizadas à época da separação do casal. Pois, trata-se de montante que compõe o patrimônio exclusivo do apelante, que não se comunica com a ex-esposa.

Logo, devem ser decotadas da partilha de bens, sob pena de enriquecimento sem causa da recorrida.

Das dívidas.

No que concerne às dívidas contraídas na constância do casamento, prevê o art. 1.664 do CC: "*Os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal*".

Conforme se verifica da certidão juntada aos autos pela apelada (Ordem 11, f. 108), em 15.03.2012, foi emitida a cédula rural hipotecária nº 40/01667-6, no valor de R$102.480,00 (cento e dois mil e quatrocentos e oitenta reais), sendo devedores ambas as partes.

Outrossim, há a cédula rural pignoratícia e hipotecária nº 40/01966-7, emitida em 18.12.2012, no valor de R$108.500,00 (cento e oito mil e quinhentos reais), que são devedores R.F.M e V.S.M.

Nessa perspectiva, tendo em vista que essas dívidas foram adquiridas na constância do casamento, devem ser partilhadas na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada um dos ex-cônjuges.

Dos saldos e aplicações bancárias.

O primeiro apelante sustenta que a partilha como determinada na sentença contempla bem de terceiros, no tocante aos saldos e aplicações financeiras existentes na conta conjunta nº XXXXX-X, no Banco do Brasil, em nome do primeiro recorrente e sua irmã. Requer a exclusão de 50% (cinquenta por cento) desse valor, que pertence à sua irmã.

De fato, o juiz sentenciante considerou que as aplicações e rendimentos financeiros da conta bancária em questão, realizados entre fevereiro de 2010 e setembro de 2015, devem ser objeto de partilha entre as partes.

Contudo, de fato, os documentos de f. 463/474 revelam que a conta corrente de nº 14.352-9 foi aberta em 10.11.2011 em nome do primeiro apelante e de sua irmã, F.F.M. Portanto, por se tratar de conta conjunta, por analogia, devem ser observadas as regras do condomínio.

Dessa forma, nos termos do parágrafo único do art. 1.315 do Código Civil, todos os titulares são donos em comum do dinheiro, sendo presumido que cada um faz jus à metade do saldo. Vale destacar:

"Art. 1.315. O condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa, e a suportar os ônus a que estiver sujeita.

Parágrafo único. Presumem-se iguais as partes ideais dos condôminos".

Por conseguinte, a irresignação do apelante merece ser acolhida para que metade do saldo e aplicações financeiras existentes na conta conjunta, parte que pertence à sua irmã, seja excluída da partilha de bens.

Dos alimentos.

Como se sabe, os alimentos são prestações impostas por lei cujo fim precípuo é o de atender às necessidades daquele que não possui capacidade de prover a sua própria subsistência. Alcançam os diversos aspectos que asseguram uma vida digna, tais como despesas com vestimenta, habitação, educação, alimentação e assistência à saúde.

O fundamento do dever alimentar encontra respaldo no princípio da solidariedade, qualquer que seja o laço de parentalidade que constitua a família: casamento, união estável, família monoparental, socioafetiva ou homoafetiva.

Na particularidade aqui tratada, a natureza jurídica da obrigação alimentar dos pais deriva do poder familiar, como expõe Maria Berenice Dias:

> A Constituição Federal reconhece a obrigação dos pais de ajudar, criar a educar os filhos menores. Também afirma que os filhos maiores devem auxiliar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade (CF 229). Trata-se de obrigação alimentar que repousa na solidariedade familiar entre os parentes em linha reta e se estende indefinidamente (DIAS Maria Berenice. *in Manual de Direito das Famílias*, 6. ed., Ed. RT, p. 506).

De uma interpretação pautada no diálogo de diversas fontes normativas, sobretudo a Constituição da República e o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069, de 1990 -, é possível extrair principiologia tendente a conferir especial proteção à criança e ao adolescente, seja pela família, sociedade ou Estado.

O art. 5º, *caput* e inciso II, e o art. 226, § 5º e 227, todos da Constituição da República de 1988, exteriorizam regra segundo o qual ambos os pais devem contribuir para a subsistência de seus filhos, independentemente da existência de sociedade conjugal ou da natureza deste vínculo.

Esta é a linha de raciocínio adotada pelo Código Civil, que estabelece, no art. 1.694, § 1º, o parâmetro para a fixação dos alimentos em consonância ao binômio possibilidade/necessidade, a cargo de ambos os genitores.

Vale dizer, o princípio da proporcionalidade é o vetor que norteia a fixação da obrigação alimentar, de forma a compatibilizar a capacidade econômica do alimentante frente à subsistência digna do alimentando, de acordo com a sua condição social.

Estabelecidas as premissas sobre a temática posta, passo a análise das alegações do apelante, a partir dos fatos e provas dos autos.

Diverso do que foi alegado pelo apelante, de que se trata de pequeno produtor rural, verifica-se que ele é um grande cafeicultor, com elevada capacidade financeira.

A renda mensal declarada na AIJ (Ordem 30, f. 1), de 4 (quatro) a 5 (cinco) salários mínimos, é completamente incompatível com o patrimônio que possui.

Dos extratos bancários relativos às contas de titularidade do recorrente, no Banco do Brasil, observa-se que seu saldo em julho de 2015, na conta XXXXX-X, era de R$360.851,65 (trezentos e sessenta mil oitocentos e cinquenta e um reais e sessenta e cinco centavos) e no mesmo mês, na conta XXXX-X, de R$364.962,49 (trezentos e sessenta e quatro mil novecentos e sessenta e dois reais e quarenta e nove centavos) (Ordem 25, f. 51-55).

Destaca-se ainda que, de acordo com documentos fornecidos pela COOPERCAM, em junho de 2016, o primeiro apelante teve rendimentos com a produção de café no patamar de R$206.286,34 (duzentos e seis mil duzentos e oitenta e seis reais e trinta e quatro centavos) (Ordem 25, f. 89).

Logo, o valor estabelecido pelo juízo *a quo* encontra-se em conformidade com as possiblidades do alimentante.

No que refere ao alimentando, trata-se de criança de 10 (dez) anos, de modo que suas necessidades com gastos com saúde, alimentação, educação e lazer são presumidas.

Além disso, a pensão alimentícia visa assegurar ao filho qualidade de vida compatível com o padrão de vida dos genitores.

Ante o exposto, constata-se que o valor dos alimentos se encontra em conformidade com as possibilidades do alimentante e necessidades do alimentando, devendo ser mantido.

Em consonância com o entendimento exposto, encontra-se a jurisprudência desse Egrégio Tribunal de Justiça:

Apelação cível. Direito de família. Ação de divórcio c/c visitas c/c alimentos para filha menor. Domicílio da criança. Ausência de prova de mudança definitiva. Critério de visitação razoável. Alimentos. Trinômio, possibilidade-necessidade-proporcionalidade. Necessidade presumida da menor. Capacidade financeira do genitor. Razoabilidade da quantia arbitrada na sentença. Gratuidade de justiça deferida à ré. Hipossuficiência. Ausência de prova em contrário pelo autor. Benefício mantido. Recurso desprovido. - Não havendo prova de que o domicílio da menor foi alterado em definitivo e havendo razoabilidade nos critérios de visitação fixados, deve ser mantida a sentença em relação a esta questão. - Nos termos do art. 1.694, § 1º do Código Civil, os alimentos devem ser fixados, considerando a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante, respeitando a proporcionalidade e razoabilidade. Atendidos tais requisitos e não tendo o genitor apresentado razões para redução, o valor estipulado na sentença prevalece. - Mantém-se a gratuidade de justiça deferida à requerida, quando o autor não apresenta provas aptas a desconstituir a declarada hipossuficiência (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.21.105776-5/001, Rel. Des. Wagner Wilson, 19ª Câmara Cível, j. em 16.09.2021, p. em 21.09.2021).

Apelação. Ação de divórcio direto e alimentos. Necessidade. Possibilidade. Filha menor de idade. Necessidade presumida. Percentual fixado em sentença. Ausência de prova da incapacidade econômica. Redução. Impossibilidade - É presumida a necessidade de alimentos dos filhos menores de idade. - O valor da prestação de alimentos deve ser adequado às necessidades do alimentário e às possibilidades do alimentante. - Ausentes provas da alegação de incapacidade financeira do alimentante, deve ser negado provimento ao recurso (TJMG - Apelação Cível nº 1.0284.15.001719-2/001, Rel. Des. Jair Varão, 3ª Câmara Cível, j. em 26.08.2021, p. em 26.08.2021).

Consoante previsto no art. 1.687, do Código Civil, estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges. Demonstrando o autor a propriedade de apenas parte dos bens imóveis que guarnecem a residência em que se manteve residindo a requerida, com sua filha menor, impõe-se a confirmação da sentença quanto à entrega tão somente daqueles bens cuja propriedade foi provada. Uma vez evidenciado que a pensão alimentícia foi arbitrada em patamar razoável, em consonância com o trinômio necessidade/possibilidade/proporcionalidade, o desprovimento do recurso é medida que se impõe, não havendo falar em redução (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.20.480720-0/002, Rel. Des. Armando Freire, 1ª Câmara Cível, j. em 25.05.2021, p. em 26.05.2021).

No que tange ao pedido de fixação da forma de liquidação, trata-se de matéria que deve ser discutida na fase de cumprimento de sentença. Não cabendo a esse juízo, na fase de conhecimento, estabelecer qualquer condição, sob pena de usurpação de competência.

A segunda apelação tem como controvérsias o valor da pensão alimentícia e a responsabilidade pelos ônus sucumbências.

A segunda apelante alega que o apelado que arcava com todas os gastos para manutenção da qualidade de vida da família, e que com a separação, tem passado por dificuldades financeiras, sem condições de arcar com a manutenção da própria subsistência.

Com base no exposto, requer a fixação dos alimentos no valor global de 15 (quinze) salários mínimos e que sejam estabelecidos em favor dela e do menor (alimentos *intuitu familiae*).

É cediço que a pensão alimentícia ao ex-cônjuge é medida excepcional e transitória, que pressupõe a comprovação da impossibilidade do(a) requerente arcar com os custos da própria subsistência.

Nesse sentido, destaco o entendimento firmando pelo STJ:

> Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de exoneração de alimentos. Decisão monocrática que negou provimento ao reclamo. Insurgência do autor. - É assente neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento que os alimentos devidos entre ex-cônjuges têm caráter excepcional e transitório, salvo quando presentes particularidades que justifiquem a prorrogação da obrigação, tais como a incapacidade laborativa, a impossibilidade de inserção no mercado de trabalho ou de adquirir autonomia financeira [...] (AgInt no AREsp nº 1306626/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, j. em 13.12/2018, *DJe* de 19.12/2018).

Conforme depoimento pessoal prestado na AIJ (Ordem 30, f. 4), a apelante possui curso superior em Administração, e é proprietária de um imóvel comercial. Não havendo qualquer comprovação de que é portadora de alguma enfermidade que a impossibilite para o trabalho.

Em que pese ter declarado que a sua loja de roupas faliu e que não possui mais qualquer fonte de renda, os extratos bancários da conta de sua titularidade denotam valores expressivos. Tendo em vista que em junho de 2015, tinha saldo em sua conta bancária de R$74.780,70 (setenta e quatro mil setecentos e oitenta reais e setenta centavos) e em julho, R$78.556,63 (setenta e oito mil quinhentos e cinquenta e seis reais e sessenta e três centavos) (Ordem 25, f. 75).

Salienta-se ainda, que de acordo com as fotos publicadas pela parte em sua rede social, após a separação, tem participado de diversos shows e realizado várias viagens (Ordem 25, f. 21-31).

Nessa perspectiva, não se justifica a fixação de alimentos em favor da ex-cônjuge, devendo ser mantida apenas a pensão alimentícia em favor do menor, nos termos fixados na sentença.

Nesse sentido, caminha a jurisprudência desse Tribunal de Justiça:

> Apelação cível. Ação de divórcio c/c alimentos. Pensão alimentícia em favor de filhos que atingiram a maioridade no curso da lide. Alimentos em favor de ex-cônjuge. Pessoa jovem e apta para o trabalho. Descabimento. Recurso desprovido. - Nos casos em que o filho atinge a maioridade não há uma extinção, de forma automática, do direito à percepção de alimentos. Na verdade, esses deixam de ser devidos em face do poder familiar (art. 1.635, III, do CC/02) e passam a ter fundamento nas relações de parentesco, em que se

exige a prova da necessidade do alimentado (art. 1.696, do CC/02). - No caso em análise, considerando que o genitor não se insurgiu contra a sentença que fixou alimentos em favor do filho maior de idade e diante do fato de que não restou demonstrada a necessidade de receber alimentos em valor superior ao arbitrado, deve ser mantido o valor de 1 (um) salário mínimo, visto que obedece ao trinômio alimentar proporcionalidade-necessidade-possibilidade. - Relativamente a outra filha, também maior, tendo em vista a ausência de comprovação de que se encontra estudando ou de que possui necessidades especiais/extraordinárias que a impeça de exercer atividade laboral que garanta o próprio sustento, denota-se inviável deferir o seu pedido de alimentos. - O direito de pleitear alimentos entre ex-cônjuges decorre do dever de solidariedade ou da mútua assistência, encontrando respaldo nas normas insertas nos arts. 1.566, III, e 1.694, ambos do Código Civil. - Imperioso ressaltar que, em se tratando de ex-cônjuges o encargo alimentar é excepcional e apenas é devido quando demonstrada cabalmente a necessidade de um e a possibilidade de outro, sob pena de oneração desmensurada a um dos cônjuges. - Na espécie, descabe falar em alimentos ao ex-cônjuge, porquanto restou demonstrado ser pessoa jovem, que possui curso superior, e apta ao trabalho, não tendo os relatórios médicos acostados aos autos comprova do a sua incapacidade laborativa (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.16.083647-4/002, Rel.ª Des.ª Ângela de Lourdes Rodrigues, 8ª Câmara Cível, j. em 27.05.2021, p. em 10.06.2021).

Com atenção ao que dispõe a norma do art. 1.694, § 1º, do Código Civil, os alimentos devem ser fixados de modo a promover, equilibradamente, ideal proporcionalidade entre as necessidades presumidas do alimentando e a capacidade contributiva de seu pai. A fixação da verba alimentícia em 15% (quinze por cento) do salário líquido do genitor representa valor que, conjuntamente com a contribuição de responsabilidade da genitora, supre as necessidades da filha menor, mostrando-se compatível com a situação financeira do alimentante, passível de ser extraída dos autos. Não provada a efetiva necessidade da ex-esposa, com plena capacidade laboral, jovem e já inserida no mercado de trabalho, descabe o arbitramento de pensão alimentícia em seu favor (TJMG - Apelação Cível nº 1.0362.16.004272-1/004, Rel. Des. Armando Freire, 1ª Câmara Cível, j. em 25.05.2021, p. em 31.05.2021).

Nessas circunstâncias, também não se justifica a reforma da sentença para que sejam concedidos os benefícios da justiça gratuita. Pois, diverso do que foi alegado pela segunda apelante, as provas contidas nos autos evidenciam que possui capacidade financeira para arcar com as custas processuais.

Ademais, a segunda recorrente realizou o preparo recursal (Ordem 43), sendo o recolhimento voluntário das custas incompatível com a pretensão de concessão da justiça gratuita.

No que toca aos ônus sucumbenciais, requer a fixação proporcional entre as partes.

O autor, ora primeiro apelante, requereu: (I) decretação do divórcio, (II) adoção da guarda compartilhada, (III) a partilha dos bens arrolados na inicial (ordem 1, f.7), (IV) pagamento da pensão alimentícia em 1,5 salários mínimos, (V) exclusão das sacas de café e (VI) inclusão das cédulas rurais hipotecárias 40/01667-6 e 40/01966-7.

Em contrapartida, a ré, ora segunda apelante, realizou pedido contraposto de pensão alimentícia *intuitu familiae* no valor de 15 (quinze) salários mínimos e comprovou a existência de patrimônio comum superior ao declarado pelo demandante.

Nesse contexto, entendo como adequada a fixação do pagamento das custas e honorários sucumbenciais na proporção de 30% (trinta por cento) em desfavor do primeiro apelante e 70% (setenta por cento) em detrimento da segunda apelante.

Por todo o exposto, dou parcial provimento à primeira apelação para: excluir da partilha de bens as 3.901 sacas de café e 50% (cinquenta por cento) dos saldos e as aplicações financeiras existentes na conta conjunta nº XXXXX-X, no Banco do Brasil; e para incluir na partilha as cédulas rurais nº 40/01667-6 e nº 40/01966-7. Além disso, dou parcial provimento à segunda apelação para adequação a distribuição dos ônus sucumbenciais.

Condeno as partes ao pagamento das custas processuais e honorários sucumbenciais, que majoro em 3% (três por cento), totalizando 13% (treze por cento) sobre o valor atualizado da causa, na proporção de 30% (trinta por cento) em desfavor do primeiro apelante e 70% (setenta por cento) em detrimento da segunda apelante.

É como voto.

DES. FÁBIO TORRES DE SOUSA - De acordo com o Relator.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Revelam os autos que R.F.M. e V.S. M. se casaram em 05.02.2010 (Certidão de Casamento de f. 15), sob o regime de comunhão parcial de bens, tendo o casamento perdurado até setembro de 2015 e do qual nasceu o filho E.M. (nascimento em 18.01.2011).

Dito isto e no tocante ao regime de comunhão parcial de bens, estabelece o Código Civil 2002:

> Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos arts. seguintes.
>
> Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:
>
> I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
>
> II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
>
> III - as obrigações anteriores ao casamento;
>
> IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
>
> V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
>
> VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Art. 1.660. Entram na comunhão:

I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

Art. 1.661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

Art. 1.662. No regime da comunhão parcial, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior.

Nesse sentido, no regime de comunhão parcial de bens, comunicam-se apenas os bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento, presumindo-se a aquisição pelo esforço comum das partes, devendo haver, contudo, prova efetiva dessa aquisição, no período da união, além da inexistência de uma das hipóteses excepcionais legais, na esteira dos arts. 1.658, 1.659 e 1.725 do CC/02.

Neste mister, deve ser excluída da partilha as 3.901 sacas de café contabilizadas à época da separação do casal, posto que se trata de bem particular e não de bem comum, uma vez que adquirido antes do casamento (05.02.2010), conforme declaração da Cooperativa dos Cafeicultores de Campos Gerais e Campo do Meio Ltda. (COOPERCAM), assinada pelo seu Diretor Administrativo que declarou que: "o cooperado cota nº 1492, possuía na data de 31 de janeiro de 2010 a quantia de 5.034 (cinco mil e trinta e quatro) sacas de café beneficiada depositada nos armazéns da Coopercam de acordo com relatório em anexo." (doc. 24; f. 87)

Noutro giro, também adiro ao voto condutor ao determinar a partilha das dívidas - cédula rural hipotecária nº 40/01667-6 (15.03.2012) e cédula rural pignoratícia e hipotecária nº 40/01966-7 (18.12.2012 -, posto que contraídas na constância do casamento (art. 1.664 do CC/02), devendo ser partilhadas na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada um dos ex-cônjuges.

Diferentemente, no tocante ao pedido do primeiro apelante de *"exclusão da partilha do montante equivalente a 50% (cinquenta por cento) do saldo contido na conta conjunta com sua irmã [...]"* (conta/aplicação nº XXXXX-X), conforme constou do voto condutor, assiste razão ao apelante, posto que se presume que metade do valor seja de propriedade da sua irmão, conforme art. 1.315 do CC/02, devendo essa metade ser excluída da partilha de bens.

Superado esse ponto, também entendo que deve ser mantido o pensionamento destinado ao filho do casal em 4 (quatro) salários mínimos, posto que em consonância com o binômio necessidade/possibilidade que norteia a fixação (art. 1.694, § 1º, CC/02), mormente em se considerando a idade da criança (11 - onze - anos), o fato de residir em cidade pequena cidade no interior de Minas Gerais (Campos Gerais) e o poder econômico dos genitores.

Por fim, não há que se falar em alimentos para a genitora, por se tratar de pessoa jovem, saudável, qualificada (Curso Superior de Administração), proprietária de imóvel comercial, constando dos autos valores significativos em sua conta bancária, além de fotos e publicações em rede sociais, após término do relacionamento, relativas a participação da genitora em shows e viagens, valendo asseverar que, na linha do entendimento do c. STJ, os alimentos devidos entre ex-cônjuges possuem natureza excepcional e transitória, a não ser que comprovada a incapacidade absoluta de um dos cônjuges em se reinserir no mercado de trabalho, o que não é o caso dos autos.

Pelo exposto, com esses fundamentos, acompanho integralmente o em. Relator.

É com voto.

Súmula - ACOLHERAM PARCIALMENTE A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E PARCIAL PROVIMENTO À SEGUNDA APELAÇÃO.

Apelação cível - Direito constitucional e previdenciário - Pensão por morte - Relacionamento amoroso - Sistema jurídico e jurisprudência atuais - Entidade familiar não caracterizada - Convivência pública, duradoura e com objetivo de constituir família - Ausência de prova - Ônus da parte autora - Descumprimento

- Ao concubinato impuro, instituto expressamente conceituado no art. 1727 do Código Civil de forma que o incompatibiliza com as normas que regulam a formação de família, não se aplicam as normas do companheirismo tratado pela legislação para se referir à união estável, sendo incabível no sistema constitucional o reconhecimento de duas uniões estáveis ou de união estável e casamento concomitantes, conforme Tema nº 526 do STF.

- Nos termos da doutrina e jurisprudência predominantes, a caracterização da entidade familiar, no sistema jurídico atual, pressupõe a presença dos requisitos legais, sendo infactível reconhecer o objetivo comum de constituir família na sua forma regulamentada e tutelada pelo Estado, nos relacionamentos amorosos que aparentam simples namoro ou nas relações de amizade íntima, ainda que públicos e duradouros.

- Inexistindo prova que caracterize manifestamente a união estável, não faz jus a parte autora ao benefício previdenciário de pensão por morte.

- Recurso conhecido e não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.19.053545-0/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Marlene Souza Mendes - Apelado: Estado De Minas Gerais, Ipsemg - Relator: JD. CONVOCADO FÁBIO TORRES DE SOUSA

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de janeiro de 2022. - *Fábio Torres de Sousa* - Relator.

Voto

JD. CONVOCADO FÁBIO TORRES DE SOUSA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Marlene Souza Mendes em face da sentença de Ordem 119, proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte nos autos da Ação Ordinária movida ao IPSEMG e ao Estado de Minas Gerais, que julgou improcedente o pedido de pensão por morte e condenou a parte autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspensos em razão da assistência judiciária.

Nas razões recursais à Ordem 121, menciona que propôs a ação visando à concessão do benefício previdenciário de pesão por morte do ex-servidor José Rios de Andrade. Aduz que a pretensão foi negada por ter o julgador entendido pela falta de demonstração da existência de união estável e, sequer, de relacionamento amoroso, sob fundamento que o pagamento de algumas contas não comprova a união estável, se não comprovada a qualidade de companheira e, considerando que as testemunhas ouvidas no procedimento de justificação não afirmaram a existência de convivência pública e duradoura (apenas a crença de um relacionamento amoroso e ajuda do José Rios para pagamento com alimentação), tendo a parte autora declinado do direito de complementar a instrução processual. Acrescenta que a justificação foi um procedimento judicial bilateral, pois o IPSEMG foi citado/notificado, mas não compareceu à audiência.

Sustenta que, para comprovar o relacionamento afetivo, não precisa da companheira ter morado com o falecido conforme Súmula nº 382/STF e jurisprudência do TRF 1, bastando comprovar o intuito de constituir família conforme jurisprudência do STJ. Cita a conclusão do acórdão proferido no Processo 0032322-68.2014.4.01.9199/MG do TRF1:

> Não é possível concluir nem pela ruptura da união estável, nem pela sua continuidade até a data do óbito do instituidor do benefício, não havendo, contudo, controvérsia quanto à existência de prévio compartilhamento de vidas entre os companheiros, com mútua cooperação e irrestrito apoio moral e material.

Destaca a existência da ordem de Serviço nº 623/1999 que estabelece a forma de comprovação de união estável e dependência econômica para fins previdenciários, afirmando que a prova coligida aos autos, apurada mediante justificação, está apta à demonstração na hipótese em comento. Acrescenta jurisprudência pontuando ser a única dependente, já que o falecido não deixou cônjuge ou filhos menores. Pede provimento.

Contrarrazões à Ordem 124.

É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do recurso.

A parte autora ajuizou a presente ação contra o IPSEMG e o Estado buscando o reconhecimento da sua condição de dependente do ex-segurado falecido no dia 16.06.2013, para fazer jus à percepção de benefício previdenciário (pensão por morte). Alegou a irregularidade do indeferimento administrativo e, que a sua condição de companheira lhe asseguraria o direito ao benefício, coligindo cópia do processo de justificação, onde reuniu previamente suas provas.

Em princípio, houve indeferimento da petição inicial, sendo a sentença cassada pelo acórdão de Ordem 82.

Após regular tramitação em que as partes pugnaram pelo julgamento antecipado, foi proferida a sentença recorrida, nos termos seguintes:

> No caso vertente, os documentos apresentados com a inicial são unilaterais. Inexiste demonstração inequívoca de que a autora e o ex-segurado mantinham união estável nem sequer que possuíam relacionamento amoroso.
>
> O documento juntado no Id 56268295 é genérico e não revela ter sido endereçado especialmente para a requerente. Esclareça-se, também que o pagamento de algumas contas por parte do ex-segurado (id 95320713) não revela a existência de união estável.
>
> Em verdade, incumbia à requerente demonstrar os requisitos exigidos pelos diplomas acima mencionados para reconhecimento da qualidade de companheira, conforme regra probatória contida no art. 373, I do CPC, mas não arrolou nenhuma testemunha nesse processo para corroborar tais argumentos. Nem sequer recorreu da decisão decretadora de encerramento da instrução processual (id 118057538).
>
> As testemunhas ouvidas nos autos nº 9057545.67.2017.8.13.0024 (processo de justificação) afirmaram apenas a crença na existência de um relacionamento amoroso e ajuda de José Rios para pagamento com alimentação.
>
> Nenhum dos depoentes ouvidos naqueles autos afirmaram a existência de convivência pública e duradoura, o que obsta o acolhimento do pedido inaugural em face da ausência de comprovação de união estável e via de consequência da qualidade de dependente da autora.
>
> Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes jurisprudenciais: [...]

Vejamos a disciplina da Constituição Federal de 1988 quanto à questão a ser analisada, qual seja, o fundamento da união estável e seus reflexos jurídicos no âmbito previdenciário:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
>
> [...]
>
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

> § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Observa-se que foram estabelecidas diretrizes basilares, considerando família aquela proveniente do relacionamento entre duas pessoas pelo casamento ou pela união estável, ou de um dos pais com seus descendentes (a monoparental).

No caso, há previsão expressa da convivência afetiva para a caracterização da família, indicando ainda a singularidade, que pressupõe a formação de par único.

Insta ressaltar que a instituição da união estável como entidade familiar constitui aquele relacionamento público e duradouro e com a notória finalidade de constituir uma família.

Noutro giro, sobre o chamado concubinato impuro (ou adúltero), é aquele em que algum dos envolvidos é casado e vive outro (ou outros) relacionamento simultaneamente, ou de forma paralela como define a doutrina.

Nessa seara, o Código Civil de 2002 traz a seguinte disciplina:

> Art. 1.521. Não podem casar:
>
> [...]
>
> VI - as pessoas casadas;
>
> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.
>
> § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.
>
> Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Nota-se que, ao dispor sobre o concubinato, o CC/2002 somente o conceituou, distinguindo-o da união estável em razão da impossibilidade de conversão em casamento e deixando-o desprovido de efeitos jurídicos expressos.

Assim, dentro do contexto legislativo, a Constituição atribuiu somente à união estável, antigo concubinato puro, o status de casamento, inclusive, sendo expressa quanto à necessidade de a legislação facilitar aos companheiros a conversão da união em matrimônio.

Quanto ao concubinato impuro (ou concubinato, apenas), instituiu-se que, somente, mediante aplicação das regras afetas à sociedade de fato é possível a divisão dos bens adquiridos com o esforço comum, a fim de evitar o enriquecimento sem causa.

Nenhuma repercussão no mundo jurídico, similar aos efeitos do matrimônio e da união estável, foi considerada.

Acerca do tema leciona o professor Dimas Messias de Carvalho:

> O termo concubinato, que para muitos possui sentido pejorativo por indicar uma relação extramatrimonial e impura, incompatível como entidade familiar, foi utilizado no Código Civil para configurar a união entre um homem e uma mulher insuscetível de converter em casamento. O concubinato em sentido estrito, designado o impuro, não é agasalhado pelas regras da união estável, cabendo ao concubino utilizar a regra geral e da obrigação de indenizar (art. 876, CC), portanto, estranho ao direito de família para receber indenização do que efetivamente contribuiu para acrescer ao patrimônio do outro. [...]
>
> Rodrigo Cunha Pereira destaca que [...]. Ainda que a relação adulterina constitua uma sociedade de fato e se assemelhe ao concubinato puro ou honesto, não é protegido pelo direito, por não ter lugar em uma sociedade monogâmica, sob pena de destruir toda a lógica do nosso ordenamento jurídico (144 - PEREIRA. Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1997, p. 74-75) (Carvalho, Dimas Messias. Direito das famílias: direito civil/Dimas Messias Carvalho. 3. ed. rev. atual. e ampl. - Lavras : UNILAVRAS, 2014. p. 438)"

Sob outro prisma, cediço que os direitos aos benefícios previdenciários possuem normatização específica e são regidos pela legislação vigente na data do fato gerador.

Assim, necessário perscrutar, pela análise do conteúdo das normas vigentes na data do óbito, quais as regras relacionadas à dependência previdenciária caracterizada pela união estável estabelecida pelos servidores públicos do Estado de Minas Gerais, conforme previsão da Lei Complementar nº 64 de 2002, com a redação vigente à época do suposto fato gerador:

> Art. 4º - São dependentes do segurado, para os fins desta lei:
>
> I - o cônjuge ou companheiro e o filho não emancipado, menor de vinte e um anos ou inválido;
>
> II - os pais;
>
> III - o irmão não emancipado, menor de vinte e um anos ou inválido.
>
> [...]
>
> § 4º - Considera-se companheiro a pessoa que mantenha união estável com o segurado, na forma da lei civil.
>
> § 5º - A dependência econômica das pessoas de que trata o inciso I do "caput" deste artigo é presumida, e a das demais será comprovada.

Considerando que alguns conceitos e princípios previdenciários podem ser aplicados tanto aos Regimes de Previdência Própria quanto ao Regime Geral de Previdência Social, importa averiguar a disciplina do RGPS.

Eis a previsão da Lei nº 8.213/1991:

> Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
>
> I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)
>
> [I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação atual dada pela Lei nº 13.146, de 2015)]
>
> § 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

Nesse contexto, os companheiros compreendidos entre os dependentes previdenciários, tanto do IPSEMG quanto do RGPS, são aqueles cuja relação configura união estável nos termos definidos pela Constituição Federal e legislação civil, ou seja, quando reconhecida como entidade familiar.

Logo, em princípio, incabível incluir casais concubinos entre os beneficiários da previdência, pois incompatível com a figura de companheiro, na acepção técnica do direito de família (sentido estrito).

Constata-se que o Direito Civil Brasileiro adota tradicionalmente o modelo de família constituída a partir da convivência comum entre duas pessoas, com exclusividade, pautando-se nos seguintes pressupostos:

> No casamento
>
> Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.
>
> [...]
>
> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
>
> I - fidelidade recíproca;
>
> II - vida em comum, no domicílio conjugal;
>
> III - mútua assistência;
>
> IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

> V - respeito e consideração mútuos.
>
> Na união estável
>
> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.
>
> Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Desse modo, a legislação prestigia a monogamia nas relações de família, com a imposição expressa do dever de fidelidade recíproca e respeito no casamento, bem como o de lealdade e respeito na união estável. Embora a fidelidade não se traduza em um dos deveres específicos na união estável, é certo que se encontra inserida dentre os deveres de lealdade e respeito estabelecidos no art. 1724 do CC, pois possuem sentido mais amplo que abraçam o dever de fidelidade e permitem que cada casal adote os princípios morais que lhes são próprios.

Ademais, a exclusividade no relacionamento, geralmente, constitui um dos critérios de caracterização da união estável na doutrina e na jurisprudência.

Feita esta introdução da matéria de direito, extrai-se da narrativa da petição inicial que a autora e o falecido teriam iniciado um relacionamento na década de 1960, perdurando até o óbito do segurado em 2013, quando este se encontrava viúvo. Afirmou que passou a ocupar um loja comercial no prédio em que o servidor aposentado José Rios já possuía uma sala e pouco tempo depois iniciaram um relacionamento amoroso.

Alegou que viviam em casas separadas, salientando a irrelevância da convivência sob o mesmo teto para caracterização da união estável, pois formaram uma "sociedade conjugal de fato" com vida em comum e dependência econômica, reconhecida por amigos, vizinhos, colegas e clientes.

Enumerou diversas despesas regulares, sustentando que eram custeadas pelo "de cujus", além de mencionar que ele lhe presenteava e que patrocinava as festas de aniversário, o plano de saúde e o tratamento odontológico do filho dela, bem como se responsabilizou pela reforma da casa de seus pais.

Acrescenta que costumavam fazer passeios em restaurantes, praças e motel e que ela comprava as roupas dele e o acompanhava às consultas odontológicas.

Pois bem.

Pela análise das provas apresentadas, é possível confirmar que a apelante Marlene de Souza Mendes, nascida no dia 19.01.1945, é solteira e que o segurado José Rios faleceu no dia 16.06.2013 em estado de viuvez, tendo permanecido casado de 08.12.1952 até 08.11.2003, data de óbito do cônjuge, conforme certidões de nascimento da autora e certidões de óbito e de casamento do servidor que instruem o PA (doc. 100).

No procedimento de Produção Antecipada de Provas ("Justificação"), constituído pelos documentos de Ordem 12 a 61, a requerente coligiu: a)- documentos relacionados ao tratamento de saúde do seu filho, datados em 2002/2003, sem comprovante de pagamentos feitos pelo falecido ou por qualquer outra pessoa; b)- quatro cheques nominais a ela emitidos por José Rios, datados em 10.10.2011 (R$140,00 - cento e quarenta reais), 13.10.2011 (R$680,00 - seiscentos e oitenta reais) e 11.10.2012 (R$2.000,00 - dois mil reais), bem como um extrato bancário comprovando um depósito de R$2.000,00 (dois mil reais) na conta da autora no dia 15.10.2012; c)- empréstimo da Caixa Econômica Federal contratado pela própria autora em 14.09.2004, com vencimento da última parcela previsto para 01.10.2007, sem provas que o falecido tenha se responsabilizado pelos pagamentos de alguma prestação no valor de R$370,17 (trezentos e setenta reais e dezessete centavos) neste período; d)- informações de acompanhamento processual que o Sr. José Rios passava para a Sra. Marlene, relativas à ação nº 0024.02.877398-3 de "Reconhecimento de União Estável movida contra J.O." que tramitou na 2ª Vara de Família (2003/2004) e à ação nº 0024.03.161146-0 de "Prestação de Contas movida por Jayme S. Oliveira contra Marlene" que tramitou na 33ª Vara Cível (2004/2006), ambas de Belo Horizonte. É possível verificar, pelas publicações dos processos, que o ex-companheiro e pai do filho da autora/apelante, Sr. Jayme S. Oliveira, faleceu no curso das ações sendo publicada a suspensão do processo de reconhecimento de união estável em fevereiro/2004, até a habilitação, e determinada a expedição do formal de partilha em abril/2004 após homologação de acordo; e)- no dia 04.05.2005 foi amortizado o saldo devedor do empréstimo da CEF no valor de R$6.252,70 (seis mil duzentos e cinquenta e dois reais e setenta centavos), sem demonstração da origem do dinheiro; f)- passaportes de motel do ano 1997; g)- anotações de aniversários em uma página de agenda; h)- relações de despesas da autora e de José Rios, apenas manuscritas (aparentemente pela própria autora), e um depósito na sua conta, supostamente relacionado a uma das despesas de valor aproximado, mas não identificado o depositante; i)- pedido de desligamento da assistência saúde do IPSEMG protocolado pelo falecido em maio/2010; j)- lembrança do falecimento do segurado; e, h) depoimentos de três testemunhas.

Insta destacar que, em consonância com os fundamentos já expostos, não há falar em união estável até a data que Sr. José Rios ficou viúvo, ou seja, até novembro 2003.

A título de acréscimo, observa-se que, sequer o concubinato impuro restou caracterizado nesta época, pois as provas revelam que a autora manteve um relacionamento de companheirismo com o Sr. Jayme, com quem teve um filho (Rodrigo). Em conformidade com as publicações dos processos de união estável e de prestação de contas, no cotejo com a consulta processual na página virtual do TJMG, observa-se que a autora foi favorecida com pensão provisória de 15% (quinze por cento) do valor líquido da aposentadoria do ex-companheiro e estava auferindo sozinha os lucros com o comércio (motivo da ação de prestação de contas). Tais evidências levam à conclusão de que o próprio pai prestava assistência material ao filho menor e, também, à genitora/ex-companheira. Apesar da omissão da autora quanto ao período que foi reconhecida a duração da união estável com Jayme, é óbvia a impossibilidade de duas uniões estáveis concomitantes.

No tocante aos documentos contemporâneos à viuvez do servidor e posteriores à dissolução da união estável com o Sr. J.O. (a partir de 2004), percebe-se o seguinte.

Não há qualquer indício que o falecido J.R. tenha se responsabilizado pelo pagamento do empréstimo contraído em nome da própria apelante na CEF, nem foi indicada a finalidade desse empréstimo.

Nas anotações de acompanhamento dos processos da autora não há qualquer referência de conotação pessoal, que dê algum indício de intimidade entre ambos, senão informações profissionais (normalmente: "Abaixo publicação de assunto de s/ interesse. Felicidades.").

Os cheques emitidos em outubro/2011 e outubro/2012 não permitem concluir que sejam para quitar despesas pessoais da autora. Especialmente pela diferença de um ano entre eles e considerando-se, ainda, que a requerente é comerciante, podendo os cheques estarem relacionados à venda de algum produto. Ademais, o extrato não informa que o depósito no valor de R$2.000,00 (dois mil reais) seria em cheque, mas demonstra que foi feito em conta mantida pela autora na Agência Comércio UBH, do Bradesco.

Quanto à anotação do nome da autora na agenda, juntamente com os nomes e datas de aniversário de diversas outras pessoas, cuida-se de prova frágil que não constitui nenhum indício de união estável, mormente se nem está informada a data do seu aniversário, levando a crer que se trate de outra Marlene, cujo aniversário seria no dia 17 de julho, e não 19 de janeiro.

Além destes fatos, os demais mencionados na petição inicial também não estão provados, como o cartão de crédito em nome da autora para os gastos de supermercado, as faturas que foram pagas por ele, provas de acompanhamento a consultas odontológicas.

As afirmações de que faziam passeios, iam a restaurantes, e que ele frequentava a casa de sua família, inclusive, tendo feito reformas no imóvel, outrossim, são meras conjecturas. Não há nenhuma foto dele junto com a família da autora e, sequer, uma foto do casal.

Ora, desde 2004 até 2013, quando ambos estariam, supostamente, desimpedidos para constituírem uma família, a única foto que a autora possui é da lembrança pelo falecimento daquele que se diz companheiro.

Nas festas de aniversário do filho, supostamente financiadas pelo companheiro, não há uma foto da "entidade familiar" que a autora diz ter formado.

Na espécie, as provas coligidas caracterizariam, no máximo, um simples namoro, senão uma relação de amizade, em que, por exercerem suas atividades profissionais no mesmo local facilita prestem auxílio um ao outro.

Nem mesmo a leitura dos fatos narrados traz a impressão de que tenha existido uma relação de grande afeto, intimidade e cumplicidade com o intuito de constituir família.

Não há declarações de vizinhos e de amigos que tenham testemunhado a existência de convivência pública e duradoura, com todas as características do casamento, para que se pudesse concluir pela união estável do casal que vive em residências separadas.

As únicas testemunhas ouvidas na produção antecipada de provas são pessoas que, também, trabalham no mesmo prédio não demonstraram ter conhecimento das relações sociais e familiares dos envolvidos, duas delas apenas acreditam que havia um relacionamento amoroso.

Pelos depoimentos, não há evidências de que havia uma convivência contínua (ainda que em casas separadas) como se casados fossem.

Em nenhum momento a autora informa que tenha frequentado a casa do companheiro viúvo e ele frequentado a sua, mencionando ocasiões que um dormisse na casa do outro, ao menos esporadicamente.

Ora, o registro do imóvel que pertenceu aos pais da autora (doc. 18), demonstra que em 2009 ela ainda residia no endereço que consta do contrato de empréstimo realizado em 2004, qual seja, Rua XXXXXX, XXX, Bairro XXXXXXX XXXXX, Belo Horizonte. Logo, não residiu todo o tempo na companhia de seus irmãos e/ou genitores.

A testemunha ouvida no processo de prestação de contas, vizinha da autora naquela localidade e madrinha do seu filho, prestou depoimento em dezembro/2018, tendo declarado que Marlene havia mudado para a casa dos pais há mais de um ano, aproximadamente, após as fortes chuvas que inundaram sua casa, inutilizando seus móveis e tornando-a sem condições de moradia (*https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_peca_movimentacao.jsp?id=42435915&hash=51c8b5bce61dfa141894a46041dfe04c*).

Portanto, aparentemente, a apelante residia sozinha, ou com o filho, até a data do óbito do segurado, mas não requereu a oitiva de vizinhos e não se refere ao falecido com referências afetivas, de envolvimento emocional entre 2004 e 2013.

Ainda que a dependência econômica seja presumida quando caracterizada a relação de união estável, a autora centralizou seus argumentos no auxílio financeiro, presentes e passeios, conferindo maior peso ao critério econômico sem ao menos comprová-lo satisfatoriamente.

Adota-se, portanto, a jurisprudência baseada na regra objetiva constitucional e infraconstitucional, que estabelece a relação de dependência nos regimes previdenciários lastreada na garantia constitucional de proteção assistencial à família (formada pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade monoparental).

Configurado o concubinato, o namoro, a amizade íntima, etc., a relação de parceria que se estabelece não se encaixa na acepção técnica do termo companheiro utilizado nas normas (e, consequentemente, em nenhum dos modelos de entidade familiar amparada pela Constituição Federal, em consonância também com a recente interpretação do instituto - Tema nº 526 do STF), sendo impossível a concessão da pensão por morte.

Eis a jurisprudência:

> Apelação cível. Ação ordinária para concessão de benefício previdenciário. IPREMU. Pensão por morte. União estável. Requisitos não preenchidos. Ônus da prova. Sentença mantida - Em relação à união estável o novo Código Civil exigiu para o seu reconhecimento, da mesma forma como na Lei nº 9.278/96 (Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal), a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família (art. 1.723 do CC/2002). - Em que pese o longo tempo de namoro entre a requerente e o falecido, tratando-se, de fato, de um relacionamento público, contínuo e duradouro, pelo que dos autos consta, não é possível afirmar, com a segurança que se espera em demandas como a presente, que existia o elemento anímico necessário ao reconhecimento da união estável, qual seja, o objetivo de constituir família. - Negar provimento ao recurso (TJMG - Apelação Cível nº 1.0702.14.053334-1/001, Rel.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª Câmara Cível, j. em 10.03.2016, p. em 29.03.2016).

Mediante tais considerações, sem prova do efetivo ânimo de constituir uma entidade familiar para caracterização da união estável, o pleito não merece acolhimento.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Condeno a autora ao pagamento das custas, das despesas e dos honorários recursais, majorando em 2% (dois por cento) a verba fixada na sentença, nos termos do art. 85, § 1º e § 11 do CPC, totalizando a remuneração dos procuradores da parte ré em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, mas suspensa a exigibilidade devido à gratuidade de justiça.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO E ALEXANDRE SANTIAGO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Remessa necessária/apelação cível - Mandado de segurança - Preliminares de ilegitimidade passiva e carência de ação - Afastadas -ITCD - Incidência sobre plano VGBL - Impossibilidade - Natureza securitária - Ausência de fato gerador

- O Chefe da Administração Fazendária - AF/BH é parte legítima para estar no polo passivo do mandado de segurança impetrado contra ato de cobrança de ITCD sobre o capital segurado (plano VGBL), pois compete a ele gerir, em articulação com a respectiva Delegacia Fiscal, as atividades de controle administrativo-tributário dos agentes econômicos sujeitos aos tributos estaduais, bem como executar, acompanhar e controlar as atividades referentes à cobrança e à administração do crédito tributário.

- Não há falar em carência de ação por inadequação da via eleita e nem desrespeito à Súmula n° 266 do Excelso Pretório Supremo Tribunal Federal, uma vez que não se trata de mandado de segurança impetrado em face de lei em tese.

- O ITCD - Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação é uma das modalidades de tributo que tem seus fundamentos jurídicos no art. 155, I da Constituição Federal, bem como nos arts. 35 a 42 do CTN. É um tributo de competência dos Estados e Distrito Federal, cujo fato gerador é a transmissão causa mortis de imóveis e a doação de quaisquer bens ou direitos.

- Nos termos do entendimento da Superintedência de Seguros Privados, o plano VGBL é considerado como seguro de pessoa e não como previdência complementar.

- O plano VGBL possui natureza securitária e, portanto, não fazem parte do patrimônio do falecido, não significando valor transmitido aos herdeiros, devendo receber tratamento jurídico equivalente ao seguro de vida típico previsto do Código Civil.

- Em relação ao VGBL entende-se que há aplicação do art. 794 do Código Civil, no sentido de que os valores provenientes não são considerados herança para todos os efeitos jurídicos.

- Analisando o disposto no art. 4°, § 6° e § 7° da Lei Estadual nº 14.491/2003, alterada pela Lei Estadual n° 22.796/2017, verifica-se que as hipóteses de incidência do ITCD previstas contrariam o disposto nos art. 109 e 110 do CTN, redefinindo conceitos e institutos de direito privado, no intuito de afastar a previsão constante no art. 794 do CC.

AP CÍVEL/REM NECESSÁRIA Nº 1.0000.21.215277-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelados: Daniela Carvalho de Andrade, Debora Carvalho de Andrade, Denise Santos de Carvalho Andrade, Jane Cleuse de Andrade Amaral, Júnia Cleire de Andrade Barbosa - Relatora: DES.ª ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, MANTENDO A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 27 de janeiro de 2022 - *Ângela de Lourdes Rodrigues* - Relatora.

Voto

DES.ª ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES - Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação cível interposto pelo Estado de Minas Gerais contra a sentença de Ordem 58 proferida pela MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Feitos Tributários do Estado da comarca de Belo Horizonte, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Jane Cleuse de Andrade Amaral e outros, na qual foi concedida a segurança, reconhecendo a inexigibilidade do ITCMD sobre os benefícios recebidos pelos impetrantes, originários do VGBL.

Inconformado, o Estado de Minas Gerais, nas razões recursais de Ordem 66, alega, preliminarmente, carência de ação, ao argumento de que os apelados apenas questionam, em tese, e não com base em fatos concretos a legislação estadual de regência do tributo. Afirma que os apelados não demonstraram "a potencialidade objetiva e atual de violação a direito líquido e certo".

No mérito, pontua que a CR/88 atribuiu aos Estados e ao Distrito federal competência para tributar a transmissão de quaisquer bens ou direitos, desde que ocorridas por causa morte ou por ato de liberalidade.

Salienta que o legislador mineiro não vinculou o ITCD à herança, logo não se trata propriamente de imposto apenas sobre a herança.

Aduz que, embora não integre o acervo hereditário, os planos de previdência importam na transmissão de direito, por causa da morte, aos beneficiários sobreviventes daquele participante que contratou o plano de, logo inexiste vício de inconstitucionalidade na exigência do imposto também sobre as transmissões de direito.

Pontua que cabe ao intérprete compreender o alcance das normas constitucionais, que não se condicionam a dispositivos de natureza infralegal.

Assevera que o plano de previdência, notadamente o de modalidade VGBL, não se trata de seguro, mas, sim, de figura jurídica específica, sujeita a regramento infraconstitucional também próprio e específico.

Registra que a origem da indenização da avença VGBL é o patrimônio do próprio segurado, que faz aportes periódicos e acumuláveis com o intuito inicial de percepção futura de benefício previdenciário complementar, que não acaba não ocorrendo em caso de morte prematura.

Argumenta, que por tal motivo, o VGBL equivale a uma aplicação financeira comum e, portanto, integrante do patrimônio deixado pelo de cujus, transferido a terceiros.

Destaca que muitas vezes a contratação de planos VGBL configura até mesmo estratégia, pois levada a efeito apenas e tão somente para tentar viabilizar a prática de evasão fiscal.

Sustenta a impossibilidade de incidência do art. 794 do CC, pois o referido dispositivo trata-se especificamente dos contratos de seguro de vida típicos.

Colaciona julgados e pareceres.

Ao final, requer seja dado provimento ao recurso.

Ausente o preparo, uma vez que a parte apelante goza de isenção legal.

Intimada, a parte apelada apresentou contrarrazões à Ordem 83, alegando a adequação da via eleita.

No mérito, resta evidenciada a caracterização do VGBL como um plano de seguro de vida, sendo ilegal a incidência de ITCMD.

Requer, ao final, seja negado provimento ao recurso.

A D. Procuradoria de Justiça, à Ordem 85, opinou pela manutenção da sentença proferida, prejudicado o recurso voluntário.

É o sucinto relatório.

Inicialmente, cumpre pontuar que o presente recurso será apreciado a luz do Código de Processo Civil de 2015, vigente ao tempo em que publicada a decisão recorrida, em obediência ao que restou definido por este Tribunal nos termos do Enunciado 54:

Enunciado 54: (art. 1046) A legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial, assim considerada sua p. em cartório, secretaria ou inserção nos autos eletrônicos.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço da remessa necessária e do recurso interposto.

Remessa necessária.

Preliminar de ilegitimidade da autoridade coatora

Cumpre ressaltar, inicialmente, que o Mandado de Segurança é o meio constitucional hábil a proteger direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesão ou ameaçado de lesão em virtude de ato ilegal ou com abuso de poder de autoridade,

exigindo-se da parte impetrante prova pré-constituída do alegado direito líquido e certo, independentemente de dilação probatória.

No tocante ao direito líquido e certo, vale destacar os ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles:

> [...] quando a lei alude a direito líquido e certo está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior não é líquido e certo para fins de segurança (MEIRELLES, Hely Lopes. *In Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data.* 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 13).

Por sua vez, o ato ilegal ou com abuso de poder é aquele praticado por autoridade, e que afronta diretamente a Constituição Federal ou os atos normativos primários.

Segundo a doutrina de Hely Lopes Meirelles, atualizada por José Emanuel Burle Filho:

> [...] Autoridade coatora é a que praticou o ato impugnado ou da qual emane a Ordem para sua prática, ou que se omite na prática do ato ou, ainda, aquela que esteja na iminência de praticá-lo.
>
> Equiparam-se à autoridade o representante ou chefe de órgão de partido político e o administrador de entidade autárquica, bem como o dirigente de pessoas jurídicas ou a pessoa natural no exercício de atribuições do Poder Público, somente no que disser respeito a essas atribuições, ou seja, atribuições públicas. Por isso, não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedades de economia mista e de concessionárias de serviço público [...] (LOPES MEIRELLES, Hely; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed., São Paulo: Malheiros, 2016).

Portanto, no mandado de segurança tem legitimidade para figurar como autoridade coatora aquele que pratica o ato impugnado ou que detém poder de ordenar a sua prática, nos termos do art. 6º, § 3º da Lei nº 12.016/2009.

No caso em questão, verifica-se que pretende os impetrantes, ora apelados, o reconhecimento do direito líquido e certo de não ser exigido deles o pagamento de ITCD sobre o capital segurado (plano VGBL).

Da análise dos autos, observa-se que os impetrantes indicaram, após emenda à inicial, como autoridade coatora o Chefe da Administração Fazendária.

O Decreto nº 45.780/2011, que dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado de Fazenda, prevê nos arts. 43 e 44 as competências das Administrações Fazendárias.

Cita-se:

Subseção III

Das Administrações Fazendárias de 1º ou 2º nível.

Art. 43 - As Administrações Fazendárias de 1º ou 2º nível têm por finalidade, em sua área de abrangência, executar e supervisionar as atividades administrativo-tributárias, atendendo às orientações da Superintendência Regional da Fazenda a que estiverem subordinadas e às diretrizes e normas emanadas das unidades centralizadas, competindo-lhes:

I - executar, acompanhar e controlar as atividades relativas à manutenção das informações cadastrais e à tramitação de Processo Tributário Administrativo;

II - gerir, em articulação com a respectiva Delegacia Fiscal ou Delegacia Fiscal de Trânsito, as atividades de controle administrativo-tributário dos agentes econômicos sujeitos aos tributos estaduais;

III - prestar esclarecimentos aos contribuintes, no âmbito de sua competência, bem como proceder ao seu enquadramento e às autorizações que se fizerem necessárias à legalização de seu funcionamento;

IV - executar, acompanhar e controlar as atividades referentes à cobrança e à administração do crédito tributário;

V - coordenar, executar e avaliar as atividades pertinentes à administração geral, orçamentária e financeira; e

VI - promover a conscientização sobre o significado social do tributo (Vide art. 3º do Decreto nº 45.781, de 24.11.2011).

Subseção IV

Das Administrações Fazendárias de 3º nível

Art. 44 - As Administrações Fazendárias de 3º nível têm por finalidade, em sua área de abrangência, executar e supervisionar as atividades administrativo-tributárias, atendendo às orientações da Administração Fazendária de 1º ou 2º nível a que estiverem subordinadas tecnicamente e às diretrizes e normas emanadas das unidades centralizadas, competindo-lhes:

I - executar, acompanhar e controlar as atividades relativas à manutenção das informações cadastrais e à tramitação de Processo Tributário Administrativo;

II - gerir, em articulação com a respectiva Delegacia Fiscal ou Delegacia Fiscal de Trânsito, as atividades de controle administrativo-tributário dos agentes econômicos sujeitos aos tributos estaduais;

III - prestar esclarecimentos aos contribuintes, no âmbito de sua competência, bem como proceder ao seu enquadramento e às autorizações que se fizerem necessárias à legalização de seu funcionamento;

> IV - executar, acompanhar e controlar as atividades referentes à cobrança e à administração do crédito tributário;
>
> V - coordenar, executar e avaliar as atividades pertinentes à administração geral; e
>
> VI - promover a conscientização sobre o significado social do tributo.

Da análise dos dispositivos acima, verifica-se que compete à autoridade coatora indicada pelos impetrantes gerir, em articulação com a respectiva Delegacia Fiscal, as atividades de controle administrativo-tributário dos agentes econômicos sujeitos aos tributos estaduais, bem como executar, acompanhar e controlar as atividades referentes à cobrança e à administração do crédito tributário.

Dessa feita, flagrante a legitimidade do Chefe da Administração Fazendária do Estado de Minas Gerais para estar no polo passivo do presente mandado de segurança, tendo em vista o pedido inicial que consiste nada mais em impossibilitar que a autoridade coatora proceda a cobrança do imposto.

Portanto, rejeito a preliminar arguida nas informações prestadas.

Preliminar de carência de ação por inadequação da via eleita

Alega o impetrado, nas informações prestadas, bem como nas razões recursais, preliminar de carência de ação, ao argumento de que os apelados apenas questionam, em tese, e não com base em fatos concretos a legislação estadual de regência do tributo.

Analisando o feito, observa-se que o presente mandado de segurança não tem como objetivo a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual (art. 22, *a,* da Lei nº 14.941/2003), mas, tão somente, o reconhecimento da ilegalidade da cobrança do ITCD e dos vícios decorrentes dos efeitos concretos gerados pela referida norma.

Analisando a norma impugnada, verifica-se ela possui natureza eminentemente concreta.

Dessa feita, não há falar em carência de ação por inadequação da via eleita e nem desrespeito à Súmula nº 266 do Excelso Pretório Supremo Tribunal Federal, uma vez que não se trata de mandado de segurança impetrado em face de lei em tese.

Portanto, rejeito a preliminar de carência de ação.

Mérito.

Considerando a abrangência do recurso voluntário e a inexistência de outras questões a serem analisadas em razão da remessa necessária, ressalta-se que o julgamento do mérito será realizado conjuntamente.

A controvérsia no presente feito cinge-se em verificar se incide o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação sobre o contrato denominado Vida Gerador de benefícios Livre - VGBL.

Primeiramente, cabe destacar que o ITCD - Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação é uma das modalidades de tributo que tem seus fundamentos jurídicos no art. 155, I da Constituição Federal, bem como nos arts. 35 a 42 do CTN. É um tributo de competência dos Estados e Distrito Federal, cujo fato gerador é a transmissão causa mortis e a doação de quaisquer bens ou direitos.

Diante da previsão constitucional, o Estado de Minas Gerais promulgou a Lei Estadual n° 14.941/2003, que dispõe sobre Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direito - ITCD, na qual prevê nos arts. 4º, §6º e § 7º e 20, *a*, que:

> Art. 4º - A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito recebido em virtude da abertura da sucessão ou de doação, expresso em moeda corrente nacional e em seu equivalente em Ufemg.
>
> [...]
>
> § 6º - Em se tratando de plano de previdência privada ou outra forma de investimento que envolva capitalização de aportes financeiros, a base de cálculo corresponde ao valor da provisão formada pelos referidos aportes e respectivos rendimentos, na data do fato gerador. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 22.796, de 28/12/2017.)
>
> § 7º - O disposto no § 6º aplica-se também no caso de o plano de previdência privada ou assemelhado configurar contrato misto que envolva capitalização de aportes financeiros e seguro de vida, hipótese em que não se inclui na base de cálculo a parcela dos valores auferidos pelo beneficiário em decorrência do contrato de seguro, sob a forma de pecúlio ou renda, assim compreendida a parcela que exceder à provisão mencionada no § 6º (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 22796 de 28.12.2017).
>
> Art. 20-A - As entidades de previdência complementar, seguradoras e instituições financeiras são responsáveis pela retenção e pelo recolhimento do ITCD devido a este Estado, na hipótese de transmissão causa mortis ou doação de bem ou direito sob sua administração ou custódia, inclusive aquele relativo aos planos de previdência privada e seguro de pessoas nas modalidades de Plano Gerador de Benefício Livre - PGBL -, Vida Gerador de Benefício Livre - VGBL - ou semelhante, observados a forma, os prazos e as condições previstos em regulamento.
>
> § 1º - A responsabilidade pelo cumprimento total ou parcial da obrigação de que trata o caput fica atribuída ao contribuinte em caráter supletivo.
>
> § 2º - O responsável apresentará à Secretaria de Estado de Fazenda declaração de bens e direitos contendo, ao menos, a discriminação dos respectivos valores e a identificação dos participantes e dos beneficiários.
>
> § 3º - Sem prejuízo do disposto no § 2º, as entidades de previdência complementar, seguradoras e instituições financeiras prestarão informações sobre os planos de previdência privada e seguro de pessoas nas modalidades de PGBL, VGBL ou semelhante sob sua administração (Art. acrescentado pelo art. 3º da Lei nº 20.000, de 30.12.2011). (Art. com redação dada pelo art. 69 da Lei nº 22.549, de 30.06.2017).

Analisando os dispositivos acima, verifica-se que as hipóteses de incidência do ITCD supracitadas contrariam o disposto nos art. 109 e 110 do CTN, redefinindo conceitos e institutos de direito privado, no intuito de afastar a previsão constante no art. 794 do CC, o que não é possível.

É cediço que o contrato denominado Vida Gerador de Benefícios Livres - VGBL trata-se de um seguro de vida individual, ligado a um fundo de investimento de longo prazo, no qual uma pessoa realiza depósitos periódicos com o objetivo de, no futuro, receber uma renda mensal ou um pagamento único.

Consta do sítio eletrônico da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP):

> VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres) e PGBL (Plano Gerador de Benefícios Livres) são planos por sobrevivência (de seguro de pessoas e de previdência complementar aberta, respectivamente) que, após um período de acumulação de recursos (período de diferimento), proporcionam aos investidores (segurados e participantes) uma renda mensal - que poderá ser vitalícia ou por período determinado - ou um pagamento único. O primeiro (VGBL) é classificado como seguro de pessoa, enquanto o segundo (PGBL) é um plano de previdência complementar. (*http://www.susep.gov.br/setores- susep/seger/coate/perguntas-mais-frequentes-sobre-planos-por- sobrevivencia-pgbl-e-vgbl*).

Em que pese manifestação em contrário, verifica-se que o plano VGBL não se trata de previdência complementar, possuindo natureza securitária e, portanto, não fazem parte do patrimônio do falecido, não significando valor transmitido aos herdeiros, devendo receber tratamento jurídico equivalente ao seguro de vida típico previsto do Código Civil.

Dessa feita, impõe-se reconhecer a incidência do disposto no art. 794 do CC:

Art. 794. No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito.

Portanto, inexistindo direito sucessório, não há falar em exigência do ITCD.

Em caso semelhante já manifestou reiteradamente o E. TJMG no mesmo sentido:

> Apelação cível. Reexame necessário. Mandado de segurança. Direito tributário. ITCD. Preliminar de ilegitimidade ativa. Rejeição. Indenização decorrente de VGBL. Natureza securitária. Não incidência da exação. Recurso desprovido. Sentença confirmada. - O sucessor ou o beneficiário, por figurar como contribuinte do ITCD na transmissão ocorrida por óbito (art. 12, I, da Lei nº 14.941/2003), possui pertinência subjetiva para ingressar em juízo em nome próprio e discutir a legitimidade da exação. - Segundo a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, autarquia responsável por fiscalizar e controlar as entidades de previdência complementar aberta, o plano denominado VGBL (Vida Gerador de Benefício Livre) tem natureza securitária, não se enquadrando no conceito de herança, por força do disposto no art. 794 do Código Civil. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. - Inexistindo transferência de propriedade decorrente da morte do contratante

do VGBL, mas mero pagamento de indenização securitária ao beneficiário, inviável a incidência de ITCD (TJMG - Ap Cível/Rem Necessária nº 1.0000.20.058545-3/001, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, 19ª Câmara Cível, j. em 20.08.2020, p. em 26.08.2020).

Agravo de instrumento. Mandado de segurança. VGBL. Natureza securitária. Inclusão na base de cálculo do ITCD. Impossibilidade. Fundamento relevante e risco de ineficácia da medida. Presentes. Decisão mantida. - Para que seja concedida medida liminar em sede de Mandado de Segurança, torna-se necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: fundamento relevante e ineficácia da medida. -Considerando a natureza securitária, a indenização recebida pelo beneficiário do VGBL em decorrência da morte do contratante não integra o patrimônio do de cujos; e, portanto, não pode ser incluída na descrição de bens, direitos e obrigações, para fins de cálculo do ITCD. Logo, evidenciado o fundamento relevante e o risco de ineficácia da medida, a manutenção da r. decisão agravada é medida que se impõe (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.19.127668-2/001, Rel.ª Des.ª Yeda Athias, 6ª Câmara Cível, j. em 28.01.2020, p. em 05.02.2020).

Apelação cível. Mandado de segurança. Direito tributário. Plano de previdência privada. VGBL. Seguro de vida. ITCD. Não incidência. Art. 794 do Código Civil. Sentença confirmada (TJMG - Ap Cível/Rem Necessária nº 1.0000.18.041516-8/002, Rel. Des. Audebert Delage, 6ª Câmara Cível, j. em 05.02.2019, p. em 13.02.2019).

Apelação cível. VGBL. Plano vida gerador de benefícios livres. Seguro de vida. Não incidência de ITCD. Art. 794 do CC. Natureza jurídica de seguro. Não incidência do tributo. Os valores decorrentes do plano VBGL não compõem o patrimônio do de cujus, não constituindo parte de sua herança, razão pela qual, diante de sua natureza jurídica de seguro, sobre ele não incide a cobrança do ITCD, a teor do art. 794 do Código Civil (TJMG - Ap Cível/Rem Necessária nº 1.0000.17.040595-5/002, Rel. Des. Baeta Neves, 2ª Câmara Cível, j. em 04.12.2018, p. em 06.12.2018).

Por fim, quanto ao alegado risco de fraude com o afastamento da incidência de ITCD sobre o contrato de VGBL, salienta-se que tal afirmação não possui amparo fático e jurídico, nem é possível, nos termos do ordenamento jurídico brasileiro, a presunção de má-fé em relação àquele que contrata o referido plano.

Assim, diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto e, no reexame necessário, mantenho a sentença proferida.

Deixo de condenar a parte apelante ao pagamento das custas, pois isento nos termos do art. 10, inciso II da Lei Estadual n° 14.939/03.

Votaram de acordo com a Relatora O JD. CONVOCADO FÁBIO TORRES DE SOUSA E O DESEMBARGADOR CARLOS ROBERTO DE FARIA.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, MANTENDO A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

Apelação - Usucapião - Sentença - Observância dos limites da lide - Validade - Fundamentos de direito - Ausência de vinculação do juiz - Usucapião especial rural - Trabalho pelo possuidor ou sua família - Imprescindibilidade - Permissão dos proprietários - Mera detenção - Ausência de posse com ânimo de dono

- Não padece de nulidade a sentença que observa estritamente os limites da lide.

- O juiz não se encontra vinculado à causa de pedir próxima, podendo aplicar fundamentos de direito diverso daqueles invocados pelas partes, respeitando os fatos e pedidos formulados.

- É imprescindível à caracterização da usucapião especial rural a demonstração de que o imóvel é explorado economicamente pelo possuidor através de seu trabalho próprio ou de sua família.

- A apreensão material de bem, exercida em decorrência de permissão ou tolerância das pessoas reconhecidas como proprietárias, é insuscetível de cômputo de prazo para fins de usucapião, por completa ausência de *animus domini*, tratando-se de ato de mera detenção.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0110.14.000405-9/001 - Comarca de Campestre - Apelante: Olair Quirino - Apelado: José Gouveia Filho. - Relator: DES. PEDRO BERNARDES DE OLIVEIRA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 8 de março de 2022. - *Pedro Bernardes de Oliveira* - Relator.

Voto

DES. PEDRO BERNARDES DE OLIVEIRA - Trata-se de ação de usucapião movida por José Gouveia Filho, em que o MM. Juiz da causa, às f. 144/163, julgou procedentes os pedidos.

Inconformado com a r. sentença, Olair Quirino interpôs apelação (f. 174/185), na qual, em síntese, alegou que é nula a sentença, por omissão relativa à questão prejudicial relativa à desocupação do imóvel no curso da lide pelo apelado; que é nula a sentença por vício *ultra petita*; que foi proposta ação visando usucapião rural, tendo o Juízo *a quo* julgado com base na usucapião extraordinária; que houve ofensa ao princípio da congruência; no mérito, sustentou que o apelante possui a propriedade e posse do imóvel; que o apelado ocupava o imóvel por permissão; que o apelado consiste em mero detentor, conforme prova testemunhal.

Teceu outras considerações, citou jurisprudência e, ao final, pediu seja acolhida a preliminar ou reformada a sentença para julgar improcedentes os pedidos deduzidos na exordial.

O apelado foi intimado para responder o recurso no prazo legal (f. 185-v). Consta às f. 186/194 contrarrazões em resistência à pretensão recursal.

Preparo realizado (f. 170).

Vista as partes acerca de possível exame da questão relativa à usucapião especial rural (f. 202/203), com manifestação apenas do apelante (f. 204/208).

Antes de se proceder ao julgamento do recurso, cumpre asseverar que seu implemento dar-se-á com a aplicação do CPC/2015, vigente ao tempo da prolação da sentença recorrida.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminar de sentença *citra petita*.

O apelante arguiu preliminar de nulidade da sentença por vício *citra petita*, ao argumento de que é omissa a decisão ao não enfrentar suposta questão prejudicial consistente no abandono do imóvel no curso da lide, o que ensejaria a procedência do pedido de reintegração de posse.

Todavia, a questão relativa à subsistência ou não do apelado no imóvel possui relevância tão somente para a ação de reintegração de posse.

Como o presente recurso é relativo à ação de usucapião e nesta discute-se apenas a propriedade, conclui-se pela ausência de nulidade na sentença, tendo sido enfrentadas todas as questões atinentes à presente demanda.

Pelo exposto, rejeito a preliminar.

Preliminar de sentença *ultra petita*.

O apelante arguiu preliminar de nulidade da sentença por vício *ultra petita*.

A demanda foi proposta durante a vigência do CPC/73, de modo que tal diploma legal deve ser aplicado no caso vertente para se constatar a obediência ao princípio da congruência.

Dentre os requisitos de validade da sentença, destaca-se o julgamento que compreenda o efetivo limite da lide, em respeito ao princípio da congruência e em obediência aos preceitos contidos nos arts. 128 e 460 do CPC, ora reproduzidos:

> Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.
>
> Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que Ihe foi demandado.

Pertinente a lição de Humberto Theodoro Júnior:

> A função do juiz é compor a lide, tal qual foi posta em juízo. Deve proclamar a vontade concreta da lei apenas diante dos termos da *litis contestatio*, isto é, nos limites do pedido do autor e da resposta do réu.
>
> São defesos, assim, os julgamentos *extra petita* (matéria estranha à *litis contestatio*); *ultra petita* (mais do que pedido) e *citra petita* (julgamento sem apreciar todo o pedido) (*Curso de Direito Processual Civil*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v.1. p. 446).

No caso vertente, o apelado ajuizou ação visando a aquisição da propriedade por usucapião especial rural, tendo apresentado a respectiva causa de pedir próxima.

Na sentença recorrida, o Juízo *a quo* reputou ausentes os requisitos legais para a usucapião especial, tendo, de ofício, procedido ao exame da pretensão fundado na usucapião extraordinária.

Portanto, o que se verificou na espécie é o julgamento da lide com a adoção de causa de pedir próxima diversa, sendo, todavia, respeitados tanto a causa de pedir remota (fundamentos de fato) como o pedido deduzido, qual seja, aquisição da propriedade por usucapião.

Assim, com a devida vênia ao apelante, não houve julgamento *ultra petita*, tendo sido respeitados os limites da lide deduzida, não estando o juiz adstrito aos fundamentos de direito deduzidos na petição inicial, podendo proceder ao enquadramento da norma jurídica sem qualquer vinculação com a causa de pedir remota apresentada na exordial, conforme orienta-se a jurisprudência:

> Nos termos da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, não há violação aos limites objetivos da causa - julgamento *extra petita* - quando o Tribunal, adstrito às circunstâncias fáticas e aos pedidos das partes, procede à subsunção normativa dos fatos, ainda que adotando fundamentos jurídicos diversos dos esposados pelas partes. Aplicação dos princípios *mihi factum dabo tibi ius* e *jura novit curia*, segundo os quais, dados os fatos da causa, cabe ao juiz dizer o direito (AgInt no AREsp nº 1455925/GO, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, j. em 18.06.2019, *DJe* de 28.06.2019) (STJ - AgInt nos EDcl no AREsp nº 1531070/MG, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. em 23.11.2020, *DJe* de 27.11.2020).
>
> Não ocorre julgamento "*extra petita*" quando o Juízo *a quo*, adstrito às circunstâncias fáticas e ao pedido constante nos autos, proceder à subsunção normativa com amparo em fundamentos jurídicos diversos dos esposados pelo autor e refutados pelo réu (STJ - AgInt no REsp nº 1596960/RN, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. em 18.03.2019, *DJe* de 21.03.2019).

Logo, não deve se cogitar afronta ao princípio da congruência pela simples adoção de causa de pedir remota diversa daquela deduzida na petição inicial, não havendo qualquer empecilho ao exame do pedido de usucapião por qualquer das modalidades previstas em lei, desde que respeitados os fundamentos de fato deduzidos e o pleito formulado, o que ocorreu na espécie.

Pelo exposto, rejeito a preliminar.

Inexistentes outras preliminares, passa-se ao exame do mérito.

Mérito.

Trata-se de ação de usucapião cujos pedidos foram julgados procedentes no Juízo de origem.

O apelante almejou a reforma da sentença para que sejam julgados improcedentes os pedidos.

No que se refere à usucapião especial rural, seus requisitos estão contidos no art. 1239 do Código Civil, ora reproduzido:

> Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Infere-se do texto legal que tal modalidade de usucapião requer, além da posse com *animus domini* pelo período de cinco anos, que seja a propriedade rural inferior à 50ha (cinquenta hectares) e utilizada por trabalho próprio ou de sua família, tornando-a produtiva, além de sua moradia.

Todavia, a prova testemunhal produzida é uníssona ao apontar que o imóvel era utilizado pelo apelado apenas para sua moradia, não tendo exercido qualquer atividade produtiva por força própria ou através de sua família.

Logo, é inequívoca a ausência de atendimento a requisito imprescindível à caracterização da usucapião especial rural.

A jurisprudência orienta-se no mesmo sentido:

> A usucapião prevista no art. 191 da Constituição (e art. 1.239 do Código Civil), regulamentada pela Lei nº 6.969/1981, é caracterizada pelo elemento posse-trabalho. Serve a essa espécie tão somente a posse marcada pela exploração econômica e racional da terra, que é pressuposto à aquisição do domínio do imóvel rural, tendo em vista a intenção clara do legislador em prestigiar o possuidor que confere função social ao imóvel rural (STJ - REsp nº 1040296/ES, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 02.06.2015, *DJe* de 14.08.2015).

Quanto à usucapião extraordinária, para sua caracterização, particularmente na referida modalidade, é imprescindível a demonstração cabal da posse *ad usucapionem*, sendo essa qualificada pela ininterrupção, ausência de oposição e *animus domini*, requisitos estes elencados no *caput* do art. 1238 do Código Civil, ora reproduzido:

> 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.

Quanto ao prazo para a aquisição da propriedade por meio de usucapião, tem-se que o lapso temporal exigido pelo Código Civil de 1916, em seu art. 550, era de 20 (vinte) anos, reduzido para 15 (quinze) no art. 1238 do atual diploma legal.

Por força da regra de transição disposta no art. 2028 do Código Civil de 2002, deve-se aplicar ao caso vertente o prazo prescricional previsto na legislação pretérita, uma vez que o apelado alegou que exerce posse com ânimo de dono há mais de 40 (quarenta) anos.

Nesse sentido, tem-se que a prova dos autos demonstra que, apesar de o apelado utilizar do imóvel rural como sua moradia pelo prazo previsto em lei, tal ato de apreensão material sobre a coisa não pode ser considerado como efetiva posse.

É que a prova oral produzida cujos depoimentos estão transcritos na sentença recorrida aponta que o apelado passou a residir no imóvel rural por permissão do antigo proprietário.

Ora, a rigor, a relação jurídica decorrente de tal autorização configura ato de mera detenção, nos termos do art. 1208 do Código Civil:

> Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

Conforme leciona Benedito Silvério Ribeiro, o detentor:

> [...] tem consciência de estar a serviço da posse de outrem, e de que os poderes que exerce não são seus, mas alheios; ou de achar-se à mercê da vontade do possuidor no respeitante à continuidade ou não da detenção (*Tratado de Usucapião*. São Paulo: Saraiva, 1992. v.1. p. 602).

Como cediço, para a caracterização de usucapião, particularmente na modalidade acima apontada, é imprescindível a demonstração cabal da posse *ad usucapionem*, sendo essa qualificada pela ininterrupção, ausência de oposição e *animus domini*, requisitos estes elencados no *caput* do art. 1238 do Código Civil, ora reproduzido:

> 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; po-

> dendo 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.

Portanto, os fatos apurados no feito não permitem concluir pela sua subsunção à posse *ad usucapionem*, uma vez que sequer posse houve, mas mera detenção durante todo o período em que a apreensão material do bem deu-se por autorização.

Neste sentido a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

> Exigem os aludidos dispositivos, com efeitos, que o usucapiente possua o imóvel "como seu". Não tem ânimo de dono o locatário, o comodatário, o arrendatários e todos aqueles que exercem posse direta sobre a coisa, sabendo que não lhe pertence e com reconhecimento do direito dominial de outrem, obrigando-se a devolvê-la (*Direito Civil Brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5. p. 259).

Destarte, somente poder-se-ia cogitar em posse *ad usucapionem*, a princípio, com o fim da detenção, reputando-se esse ocorrido com a aquisição da propriedade pelo apelante, ocorrida apenas em 2003.

Como a posse do apelado foi interrompida com a concessão ao apelante de liminar possessória em feito diverso, ocorrida em julho de 2014, conclui-se pela inequívoca ausência de atendimento ao prazo previsto em lei para a aquisição da propriedade por usucapião.

Logo, seja por qualquer das modalidades de usucapião, o apelado não atende a seus requisitos legais, de modo que a improcedência do pedido deduzido na exordial se impõe.

Alterada a sucumbência no feito, deve-se proceder à nova distribuição dos respectivos ônus. Nesse sentido, deve o apelado arcar com a integralidade das custas processuais e dos honorários de sucumbência, esses fixados em 12% (doze por cento) do valor atualizado da causa, já considerada a majoração prevista no § 11 do art. 85 do CPC, suspensa a exigibilidade na forma do § 3º do art. 98 do mesmo diploma legal.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido deduzido na exordial.

Condeno o apelado ao pagamento das custas processuais e dos honorários de sucumbência de 12% (doze por cento) do valor atualizado da causa, suspensa sua exigibilidade.

Custas recursais pelo apelado, suspensa sua exigibilidade.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUIZ ARTUR HILÁRIO E AMORIM SIQUEIRA.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Não conhecimento de parte de um dos recursos - Falta de interesse - Incompetência do juízo afastada - Ação reivindicatória - Doação de imóvel com reserva de usufruto vitalício - Falecimento do doador - Transmissão da propriedade - Inexistência de transmissão do usufruto - Ressarcimento das benfeitorias - Boa-fé - Consectários legais - Sentença mantida

- Não há interesse recursal da sentença que condenou em custas processuais e honorários advocatícios, se houve determinação de suspensão da exigibilidade do pagamento.

- Se a discussão na reivindicatória se restringe à devolução do imóvel doado, que não guarda relação com a união estável havida entre uma das rés e o de cujus, afasta-se a incompetência do Juízo *a quo* alegada.

- A doação de bens imóveis é ato solene, formalizado apenas mediante escritura pública ou instrumento particular, nos termos do art. 541 do CC.

- Individualizada a área reivindicada, bem como demonstrada a propriedade e a posse injusta sobre o bem litigioso, impõe-se a procedência da reivindicatória, nos termos do art. 1228 do CC.

- Embora a companheira do falecido, de fato, tenha direito real de habitação, isso ocorre apenas sobre imóvel de propriedade do de cujus e não sobre a propriedade de terceiros.

- Se a propriedade do imóvel já foi transferida e a morte do usufrutuário implicou na extinção do usufruto, não há que se cogitar em direito real de habitação sobre imóvel de propriedade.

- Caracterizada a boa-fé do possuidor, devida é a retenção pelas benfeitorias necessárias e úteis realizadas.

- Primeiro recurso conhecido em parte, preliminar de incompetência rejeitada e recursos não providos.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0000.21.249618-6/001 - Comarca de Ubá - Apelante: Adriana Castro Vieira Batista, Roberta Aparecida Silvério Vieira, Celi Daniel, Sueli Daniel - Apelado: Adriana Castro Vieira Batista, Celi Daniel, Roberta Aparecida Silvério Vieira, Sueli Daniel. - Relator: DES. AMORIM SIQUEIRA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NÃO CONHECER DE PARTE DO PRIMEIRO RECURSO, REJEITAR A PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA, E, NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 19 de abril de 2022. - *Amorim Siqueira* - Relator.

Voto

DES. AMORIM SIQUEIRA - Trata-se de apelações cíveis interpostas por Celi Daniel e outra (1as) e Roberta Aparecida Silvério Vieira e outro (2as), em face da sentença proferida pela Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Ubá, que, nos autos da ação reivindicatória proposta pelas segundas suplicantes contra as primeiras requerentes, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para reconhecer o direito das autoras de serem imitidas na posse do imóvel descrito na exordial. No entanto, condicionou a desocupação ao pagamento, pelas autoras, à ré Celi Daniel do valor de R$16.161,24 (dezesseis mil, cento e sessenta e um reais e vinte e quatro centavos), corrigido monetariamente a partir da data da realização da perícia, em março de 2020, e de acordo com os índices da tabela da CGJ, incidindo juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar do trânsito em julgado. Determinou, ainda, que, realizado o pagamento, a ré Celi fica obrigada a desocupar o imóvel descrito na inicial no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de desocupação compulsória (Ordem 179).

As primeiras apelantes alegam, preliminarmente, que a Juíza equivocadamente se deu por competente para julgar o feito, enquanto tramitava na Vara de Família da Comarca de Ubá, ação de reconhecimento de concubinato, ajuizada por uma das apelantes com o genitor das apeladas, o que implica na nulidade da sentença. No mérito, ponderam que restou devidamente comprovada a união estável com Valdeci Vieira, genitor das apeladas, o que lhe confere direito de usufruto do imóvel, ressaltando que a alegação sequer foi analisada. Ressaltam que o direito real de habitação consiste na concessão do uso, limitado a habitação do imóvel utilizado como residência familiar, a ser fruído pelo cônjuge ou companheiro. Reiteram o pedido de justiça gratuita, isentando-lhes dos ônus de sucumbência e pedem o provimento do recurso (Ordem 188).

Ausente o preparo, ante o deferimento da assistência judiciária (Ordem 179).

Contrarrazões apresentadas (Ordem 200).

As segundas apelantes alegam que a perícia não foi capaz de afirmar que as benfeitorias existentes foram realizadas pelas apeladas. Argumentam que a desocupação do imóvel não pode estar atrelada ao pagamento da indenização. Ponderam que a devolução do bem se assenta na dependência do recebimento do valor das benfeitorias necessárias e úteis, pelo ofensor de boa-fé. Ressaltam que ficou demonstrada a má-fé da parte requerida porque ela nunca aceitou o fato de seu companheiro ter doado o imóvel em questão. Pugnam pelo pagamento do custo efetivo da obra quando foi executada, sem acréscimo de correção monetária ou juros. Sustentam que a prova testemunhal é frágil e que a sentença não pode ser baseada nela. Requerem o provimento do recurso (Ordem 196).

Sem preparo em razão do deferimento da justiça gratuita (Ordem 31).

Contrarrazões apresentadas pelas rés (f. 465).

Pois bem.

Da preliminar - Não conhecimento de parte do primeiro recurso.

Inicialmente, suscito, de ofício, preliminar de falta de interesse recursal das apelantes em relação ao pedido de concessão de justiça gratuita.

Embora as rés se insurjam contra a condenação em custas processuais e honorários advocatícios, reiterando o pedido de justiça gratuita, a sentença determinou a suspensão da exigibilidade de tais verbas, por força do art. 98, § 3º, do CPC.

Dessa forma, deixo de conhecer de parte do primeiro recurso no tocante à questão acima exposta.

Lado outro, admito o restante da primeira apelação, bem como da totalidade do segundo recurso, porquanto presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Da preliminar - incompetência do Juízo *a quo*.

Acerca do tema, dispõe o Código de Processo Civil:

> Art. 47 - Para as ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro de situação da coisa.
>
> § 1º - O autor pode optar pelo foro de domicílio do réu ou pelo foro de eleição se o litígio não recair sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, divisão e demarcação de terras e de nunciação de obra nova.
>
> § 2º - A ação possessória imobiliária será proposta no foro de situação da coisa, cujo juízo tem competência absoluta.

Embora as requeridas suscitem a incompetência do Juízo, entendo que referida questão não merece acolhimento, uma vez que a discussão posta nessa demanda reivindicatória restringe-se à devolução de imóvel doado, que não guarda relação com a união estável havida entre uma das rés e o de cujus.

Nesse sentido, já manifestou este eg. Tribunal de Justiça:

> Agravo de instrumento. Preliminar de não conhecimento arguida na contraminuta. Rejeitada. Ação reivindicatória. Ausência de continência com a ação de reconhecimento de união estável c.c. partilha de bens. Art. 95 CPC. Competência absoluta. Art. 265, IV, *a*, do CPC. Recurso provido. - É dever do agravante velar pela correta formação do agravo de instrumento, juntando, no ato de sua interposição, os documentos essenciais à apreciação de seu recurso. Somente em caso de formação deficiente das peças obrigatórias, o recurso não deve ser conhecido. - Não há continência entre as ações reivindicatória e de reconhecimento de união estável c.c. partilha de bens. - A partir da exegese da norma do art. 95 do CPC, na hipótese do litígio versar sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova, a ação correspondente deverá necessariamente ser proposta na comarca em que está situado o bem imóvel, porque a competência é absoluta, embora não se olvide que a questão abordada no processo de reconhecimento de união estável c.c. partilha de bens seja prejudicial. - Neste caso, inegável influência passa a recomendar tão somente a suspensão do processo, ao fito de evitar decisões inconciliáveis, a teor do art. 265, IV, *a*, do CPC. (Desembargador Marcos Lincoln).
>
> Agravo de instrumento. Preliminar de não conhecimento arguida na contraminuta. Recurso especial. Art. 543-C, § 7º, II, do CPC. Inadmissão liminar do recurso previsto no art. 522 do CPC, por ausência de peças facultativas, porém essenciais à compreensão da lide. Possibilidade. Precedentes do STJ. - Em que pese a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp nº 1102467/RJ, no sentido de ser possível a juntada posterior de peças facultativas, porém essenciais à compreensão do feito. Tendo em vista a persistência de dissonância na Colenda corte sobre a matéria em questão, tem-se que a

> juntada dos documentos essenciais ao deslinde da questão deve ser feita no momento de interposição do recurso, sob pena de inadmissão (V.v.: Desembargador Alexandre Santiago) (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0702.11.062563-0/002, Rel. Des. Marcos Lincoln, 11ª Câmara Cível, j. em 24.02.2016, p. da súmula em 07.03.2016).

Assim sendo, em se tratando de litígio envolvendo direito de propriedade, não há que cogitar na incompetência do juízo *a quo*, razão pela qual, rejeito a preliminar.

Do mérito.

A controvérsia posta em Juízo diz respeito ao suposto direito das autoras em retomar imóvel localizado na Rua Virgínia Andrade Vieira, nº 140, Bairro Vargem da Grama, na Cidade de Tocantins/MG, registrado no CRI da Comarca, Livro 2H, f. 69, matrícula 2.105.

A ação reivindicatória se funda no art. 1.228 do CC, que concede ao proprietário o direito de reaver a coisa "do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha", logo, é necessário, para a sua propositura, que o autor demonstre, de plano, o seu domínio e a posse injusta.

Sobre o tema, Sílvio de Salvo Venosa, conceitua:

> Ação Reivindicatória é a ação petitória por excelência. É direito elementar e fundamental do proprietário a sequela: ir buscar a coisa onde se encontra e em poder de quem se encontra. Deflui daí a faculdade de o proprietário recuperar a coisa. Escuda-se no direito de propriedade para reivindicar a coisa do possuidor não proprietário, que a detém indevidamente. É ação real que compete ao titular do domínio para retomar a coisa do poder de terceiro detentor ou possuidor indevido. [...]. Possuir injustamente é ter o bem sem o direito de possuir (*ius possidendi*) (*Direitos Reais*. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 1999. v. 5. p. 265).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Roselvald, esclarecem:

> Enquanto as faculdades de usar, gozar e dispor se relaciona à tutela do domínio, possibilitando o exercício do senhorio pelo dono sobre a coisa, a pretensão reivindicatória se qualifica como a tutela conferida ao titular consequente a lesão ao direito subjetivo de propriedade por parte de qualquer um que desrespeito o dever genérico e universal de abstenção. Assim, a reivindicatória é a extensão do direito de sequela do titular da propriedade como forma de recuperação da posse obtida injustamente por terceiros (*Direitos Reais*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 190).

Dessa maneira, estando o titular do domínio privado da posse de seu bem por força da atuação de terceiro que a detém injustamente, é cabível a ação reivindicatória, cujo objeto imediato é a retomada do bem.

Sobre os requisitos para propositura da ação reivindicatória, ensinam Paulo Tadeu Haendchen e Rêmolo Letteriello:

> São requisitos para admissibilidade da ação:
>
> a) que o autor tenha a titularidade do domínio sobre a coisa reivindicanda;
>
> b) que a coisa seja individuada, identificada;
>
> c) que a coisa esteja injustamente em poder do réu, ou prova de que ele dolosamente deixou de possuir a coisa reivindicanda (*Ação Reivindicatória*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 34).

Registra-se que a posse injusta prevista no art. 1228 do CC, como requisito para a procedência da ação reivindicatória, é mais amplo do que aquele tratado no art. 1200 do CC, que trata dos atributos da clandestinidade, violência e precariedade.

Acerca da matéria, lecionam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

> Para fins de compreensão sobre a legitimação passiva para a ação reivindicatória, a noção ampla de posse injusta a que alude o caput do art. 1.228 do Código Civil não corresponde ao conceito estrito de posse injusta espelhado no art. 1.200 do mesmo estatuto (posse violenta, clandestina ou precária), posto que mais extensa. A posse atacada na ação reivindicatória é aquela que, mesmo obtida pacificamente - despida dos realçados vícios -, sobeja desamparada de causa jurídica eficiente capaz de respaldar a atividade do possuidor (Rosenvald, Nelson; Farias, Cristiano Chaves. *Curso de Direito Civil*: Reais. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.v. 5. p. 294).

Como visto, para a configuração da posse injusta na ação reivindicatória, dispensa-se a prova de eventual precariedade, violência ou clandestinidade da ocupação, bastando demonstrar que a posse não está amparada em um título dominial.

A jurisprudência:

> Apelação cível. Ação reivindicatória. Contrato de promessa de compra e venda averbado na matrícula do imóvel. Ausência de posse injusta. Sentença mantida. - A ação reivindicatória é o meio processual adequado para a defesa da propriedade de bem devidamente individualizado, contra a posse injusta de terceiro. Assim, para a sua procedência basta a demonstração da titularidade do domínio, da área reivindicada e da posse injusta da outra parte (art. 1.228 do CC). - O conceito de "posse injusta" previsto no art. 1.228 do CC, como requisito para a procedência da ação reivindicatória é mais amplo do que aquele tratado no art. 1.200 do mesmo diploma legislativo, entendendo-se como tal a posse destituída de causa jurídica legítima. - O inadimplemento de parte do contrato não acarreta sua resolução automática e, consequentemente, não faz perecer de modo instantâneo a legitimidade que ele conferia à posse exercida por uma das contratantes, exigindo-se pronunciamento judicial prévio encerrando o vínculo contratual (TJMG - Apelação Cível n° 1.0188.14.003513-3/002, Rel. Des. Valdez Leite Machado, 14ª Câmara Cível, j. em 04.06.2020, p. da súmula em 16.06.2020).
>
> Apelação cível. Ação reivindicatória. Objeto da retomada claramente individualizado. Prova da propriedade e posse injusta. Direito à imissão. Comodato verbal. Benfeitorias

> necessárias úteis. Retenção descabida. Aluguéis e despesas devidas. Danos morais. Não configuração. - Procede o pedido da ação reivindicatória quando individualizado o imóvel, demonstrada a propriedade pelos autores e comprovada a posse injusta da parte requerida. - No âmbito da reivindicatória, o conceito de posse injusta não decorre, aprioristicamente, das previsões dos arts. 1.200 e 1.208, parte final, do Código Civil, ou seja, não se infere apenas da violência, precariedade ou clandestinidade, sendo mais amplo, para se firmar na detenção sem título de propriedade ou sem o caráter de posse direta, pelas vias adequadas, sob pena de se admitir que, não havendo comprovada má-fé do possuidor, a postulação baseada no domínio estaria irremediavelmente vedada. - Nos termos do art. 584 do Código Civil, as despesas com o uso e gozo da coisa emprestada não são passíveis de indenização ou retenção por benfeitorias. - Encerrado o comodato, por meio do recebimento de notificação extrajudicial, são devidos aluguéis e pagamento dos tributos e contas de consumo. - Não comprovados os atos desrespeitosos narrados na inicial, improcede o pleito de reparação extrapatrimonial (TJMG - Apelação Cível nº 1.0433.15.016368-4/003, Rel. Des. Roberto Vasconcellos, 17ª Câmara Cível, j. em 11.07.2019, p. da súmula em 19.07.2019).

Na hipótese em comento, verifica-se pelo contrato de união estável firmado por Sr. Valdecir Vieira (pai das autoras) e Sra. Celi Daniel, datado de 10.08.2010, que eles conviveram em união estável desde janeiro de 2001 (f. 119/120).

Segundo se infere da Escritura Pública de Doação com Reserva de Usufruto, lavrada em 30.08.2011, o Sr. Valdecir doou para as filhas, Roberta Aparecida Silvério Vieira e Adriana Castro Vieira Batista, 62,6248% (sessenta e dois inteiros, seis mil duzentos e quarenta e oito décimos de milésimos por cento) de 0,25 (zero vírgula vinte e cinco) litros nos 5 (cinco) litros e fração de terras situadas na Vargem da Grama ou Grama, em Tocantins, correspondente ao R-09 da matrícula nº 2.105, transferindo a propriedade, reservando, entretanto, usufruto vitalício (f. 26/27 - doc. único).

O Sr. Valdecir faleceu em 03.03.2017 (f. 132 - doc. único), de modo que na data do óbito já não mais possuía a propriedade do imóvel, que foi transferida para as filhas em 30.08.2011, ressaltando-se que, a partir do falecimento, também restou extinto o usufruto.

Sabe-se que o usufruto é constituído em relação à determinada pessoa que tem o direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos e não pode ser transmitido, extinguindo-se, como aqui ocorreu, com a morte do usufrutuário (art. 1410, II, CC).

Por sua vez, a Lei nº 9.278/96, que regula o §3º do art. 226 da Constituição da República:

> Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.
>
> Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Ora, embora a companheira do falecido, de fato, tenha direito real de habitação, isso ocorre apenas sobre o imóvel de propriedade do de cujus e não sobre a propriedade de terceiros e, repete-se, quando do falecimento do pai, a propriedade do bem já havia sido transferida para as autoras.

A morte do usufrutuário implicou na extinção do usufruto, não havendo que se cogitar em direito real de habitação da parte requerida sobre imóvel de propriedade das autoras. A respeito, observa-se da jurisprudência deste eg. Sodalício:

> Apelação cível. Preliminar. Inépcia da inicial. Rejeição. Mérito. Ação reivindicatória. Domínio comprovado. Recusa na entrega do bem. Posse injusta da parte ré. Usucapião como matéria de defesa. Não comprovação. Procedência do pedido. Sentença mantida. - Está apta a inicial que contém todos os requisitos necessários à correta propositura da ação, com pedido e causa de pedir, narração lógica dos fatos e possibilidade jurídica. - A reivindicatória é a ação ajuizada pelo proprietário que não detém a posse em face do possuidor não proprietário. - Se o conjunto probatório demonstra que o autor da ação reivindicatória adquiriu o imóvel através de Escritura Pública de Doação, há presunção juris tantum da propriedade, cabendo à ré produzir prova robusta em contrário, quanto a fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do demandante. - À míngua de comprovação dos requisitos legais para aquisição da propriedade pela prescrição aquisitiva, os pedidos da ação reivindicatória devem ser julgados procedentes (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.21.148392-0/001, Rel. Des. Marcos Lincoln, 11ª Câmara Cível, j. em 13.10.2021, p. da súmula em 13.10.2021).

Quanto às benfeitorias, cumpre ressaltar que, embora reconhecida a posse injusta para fins de procedência do pleito reivindicatório, o possuidor pode estar de boa-fé e, via de consequência, receber pelas benfeitorias realizadas, além de exercer seu direito de retenção.

Veja-se a lição de Paulo Tadeu Haendchen:

> Por isso que o próprio possuidor de boa-fé pode ser desapossado por meio da reivindicatória, sendo, no entanto, certo que se for reconhecida a boa-fé terá ele direito de indenização pelas benfeitorias necessária e úteis, de levantar as voluptuárias e ainda restituir apenas os frutos colhidos após a propositura da ação [...]. Esse o ponto relevante. Alguém pode não ter posse justa, sendo, em consequência, vencido na reivindicatória e, não obstante, encontrar-se de boa-fé. Os conceitos são distintos. A ser de modo diverso, aliás, dificilmente ocorreria fosse a reivindicatória julgada procedente e reconhecido o direito a indenização por construções (Haendchen, Paulo Tadeu. *Ação reivindicatória*: teoria e prática. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 39-41).

Acolhida a pretensão petitória, importante averiguar se há boa-fé por parte das possuidoras, e, consequente equalização do direito dessas a eventual indenização e retenção pelas benfeitorias necessárias e úteis realizadas, nos termos do art. 1.219 do CC:

> Art. 1.219 - O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

Ademais, o art. 1.255 do CC prevê que "aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização".

In casu, através da apreciação dos elementos anexados, resta evidenciado que o proprietário doou imóvel às filhas, mantendo para si, tão somente, o usufruto vitalício, e, com o falecimento dele, houve a extinção do usufruto.

Nesse ponto, insta consignar que não houve, com a morte do usufrutuário, a transferência do usufruto, transformando-se em posse injusta, ao negar o possuidor a sua restituição, depois de notificado, embora isso não implique no reconhecimento de má-fé.

Nessa linha de ideias, como as ocupantes usam a coisa como se sua fosse, tem direito apenas ao ressarcimento das benfeitorias úteis e necessárias. *Mutatis mutandis*, confira-se:

> Reintegração de posse. Comodato verbal. Comprovação. Procedência do pedido. Direito de retenção e indenização por benfeitorias. Posse de boa-fé. Cabimento. Inteligência do art. 1219 do CC. O comodante, a despeito de efetivamente não exercer posse direta sobre a coisa cedida gratuitamente, conserva, entretanto, a posse indireta, a autorizar o manejo das ações possessórias. Comprovado o comodato e, tendo sido notificado o comodatário para devolver o imóvel a ele cedido, não o fazendo fica caracterizado o esbulho, impondo-se a manutenção da decisão que julgou procedente o pleito reintegratório. O comodatário faz jus à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias erigidas de boa-fé, *ex vi* do disposto no art. 1.219 do Código Civil (TJMG - Apelação Cível n° 1.0672.15.006071-9/001, Rel. Des. Otávio Portes, 16ª Câmara Cível, j. em 25.04.2018, p. da súmula em 04.05.2018).
>
> Apelação cível. Agravo retido. Não conhecimento. Ausência de pedido expresso de apreciação nas razões de apelação. Ação de reintegração de posse. Contrato verbal de comodato. Posse prévia demonstrada. Notificação. Desocupação. Ausência. Esbulho caracterizado. Benfeitorias necessárias. Boa-fé não elidida. Retenção. Possibilidade. *Quantum*. Apuração em liquidação de sentença. Provimento parcial que se impõe. Se a parte, nas razões do recurso de apelação, não pediu a apreciação do agravo retido por ela interposto, impõe-se o não conhecimento deste recurso, já que desatendida a determinação do art. 523 do CPC/1973, vigente à época da prolação da decisão agravada. Para o deferimento do pedido de reintegração de posse hão de restar configuradas a posse anterior da coisa pelo requerente, a prova de que o réu praticou esbulho e a identificação individualizada da coisa cuja posse é pretendida. Demonstrado nos autos a pré-existência da posse, consubstanciada no contrato verbal de comodato reconhecidamente firmado entre as partes, e o esbulho, em razão da não desocupação do imóvel no prazo prescrito na notificação extrajudicial, inafastável o reconhecimento da procedência da demanda possessória, haja vista que presentes os requisitos do art. 561 do CPC/15 (art. 927 do CPC/1973). O direito à indenização por benfeitorias necessárias e úteis advém de norma de direito material, estando expressamente previsto no art. 1.219 do CCB, e deve ser observado quando não elidida a boa-fé do possuidor, não havendo impedimento para que o quantum seja efetivamente apurado em liquidação de sentença por arbitramento (TJMG - Apelação Cível n° 1.0313.09.288587-7/003, Rel. Des. Luciano Pinto, 17ª Câmara Cível, j. em 07.12.2017, p. da súmula em 19.12.2017).

A prova pericial atesta a existência de benfeitorias necessárias executadas há dez anos, no valor de R$32.322,49 (trinte e dois mil trezentos e vinte e dois reais e quarenta e nove reais) embora conste no laudo que "não há evidências que comprovem que as benfeitorias foram realizadas pelas rés" (f. 284/295 - doc. único).

O lauto técnico foi corroborado pela prova testemunhal, nos permitindo inferir que a ex-companheira e o falecido trabalharam juntos e que ambos foram responsáveis pelas benfeitorias realizadas no imóvel, devendo a parte ser ressarcida no valor estipulado na sentença.

Por fim, é de se ponderar que, em razão da ausência de má-fé, deve incidir juros de mora a partir da intimação e correção monetária a partir do laudo pericial, tal como decidido na sentença.

Ante o exposto, não conheço de parte do primeiro recurso, rejeito a preliminar de incompetência e nego provimento aos recursos.

Custas recursais à razão de 50% (cinquenta por cento) para cada parte, observada a justiça gratuita deferida, e deixo de majorar a verba honoraria advocatícia ante o patamar já fixado na origem.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FAUSTO BAWDEN DE CASTRO SILVA E PEDRO BERNARDES DE OLIVEIRA.

Súmula - NÃO CONHECERAM DE PARTE DO PRIMEIRO RECURSO, REJEITARAM A PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA, E, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Ação anulatória de arrematação - Alegação de vício de avaliação - Preclusão - Arrematação por preço vil - Não constatação - Sentença mantida na íntegra

- É vedado à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

- Constatado que a parte executada havia sido intimada a respeito da avaliação realizada no imóvel objeto de penhora e, no tempo oportuno, não apresentou impugnação ao valor, não se mostra cabível, após a arrematação do bem, em ação anulatória, a parte buscar rediscutir a respeito da correta ou incorreta avaliação do imóvel.

- De igual maneira, incumbe à parte autora demonstrar, por meio de elementos probatórios firmes, quais foram os efetivos vícios na avaliação do imóvel, promovida nos autos em apenso, ônus de prova que lhe competia desincumbir nos moldes do art. 373, I, do CPC.

- Segundo pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a caracterização do preço vil se dá quando o bem penhorado for arrematado por valor inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor originariamente atribuído pelo laudo de avaliação.

- Realizada arrematação por preço superior a metade do valor da avaliação, imperioso é rejeitar a alegação de nulidade do ato por aquisição de imóvel por preço vil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.14.309474-6/007 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Minas COM S.A. Turismo Incorporações Engenharia - Apelado: Alexandre do Carmo Santos, Marcos Antonio da Silva Junior e outro, Sirlene de Souza Maciel, Neila Paula Pereira Silva Vasconcelos e outro, Giselda Maria Pereira Silva Cocco, Donato Alves. - Relator: DES. LUIZ ARTUR HILÁRIO.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de abril de 2022. - *Luiz Artur Hilário* - Relator.

Voto

DES. LUIZ ARTUR HILÁRIO - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 25ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG, que, nos autos da ação anulatória com tutela de urgência, movida por Minas Comercial S.A., Turismo e Incorporações, em face de Alexandre do Carmo Santos e outros, julgou improcedentes os pedidos iniciais

e condenou a parte autora no pagamento das custas processuais e nos honorários advocatícios sucumbenciais fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado dado à causa.

Embargos de Declaração opostos no documento de ordem 38, rejeitados em decisão fundamentada juntada a ordem 39.

Inconformada com o pronunciamento judicial, a parte autora interpôs o presente recurso no documento de ordem 40 e sustentou, em suma, que é necessário declarar a nulidade da sentença proferida e reformá-la, uma vez que o Magistrado primevo não observou que a avaliação promovida do imóvel arrematado está eivada de vícios que maculam o ato e, ainda, o edital de leilão do bem foi expedido sem indicação de valor mínimo para arrematação, o que ocasiona a nulidade do ato ora questionado. Alega que se tratando de ato judicial que não depende de sentença e que, nos termos do art. 486 do CPC/73, somente poderia ser desconstruída por meio de ação anulatória, como se fez nesses autos. Assim, sustenta que deve ser afastada a aplicação do disposto no art. 694, § 1º, I, do CPC/73, vigentes à época do ajuizamento dessa ação, de modo a tornar sem efeito a arrematação por vício de nulidade. Dessa maneira, pleiteia pelo conhecimento e provimento do recurso para reformar integralmente a r. sentença proferida e julgar totalmente procedentes os pedidos formulados na inicial.

Contrarrazões apresentadas pelos réus nos documentos de ordem 43 e 45.

Os autos físicos foram digitalizados e o processo começou a tramitar de forma eletrônica, conforme se extrai da certidão acostada a ordem 48.

O recurso foi distribuído a minha relatoria, por prevenção.

Eis o relatório necessário.

Juízo de admissibilidade.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Fundamentação.

Cinge-se a controvérsia trazida à análise deste eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais se é cabível, ou não, a anulação dos atos processuais promovidos nos autos da execução, nos quais foram assinados os autos de arrematação de imóvel anteriormente pertencente à parte autora, sob alegação de vício na avaliação do bem e nulidade da arrematação por preço vil.

Pois bem.

Na data da propositura da presente ação, vigorava os dispositivos contidos no Código de Processo Civil de 1973 que, a respeito da arrematação de bens levados a leilão judicial, assim dispunha:

> Art. 694. Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado.

> § 1º A arrematação poderá, no entanto, ser tornada sem efeito:
>
> I - por vício de nulidade;
>
> II - se não for pago o preço ou se não for prestada a caução;
>
> III - quando arrematante provar, nos 5 (cinco) dias seguintes, a existência de ônus real ou gravame (art. 686, V) não mencionado no edital;
>
> IV - a requerimento do arrematante, na hipótese de embargos à arrematação (art. 746, §§ 1º e 2º);
>
> V - quando realizada por preço vil;
>
> VI - nos casos previstos neste Código (art. 698).

Destaca-se, ainda, que a lei processual civil ainda assim previa:

> Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que está for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

Pretende a parte apelante a desconstituição do ato de arrematação judicial por supostos vícios de avaliação do imóvel e aquisição de bens por preço vil.

Com a devida vênia ao entendimento explanado pelo recorrente, não assiste razão a empresa autora.

Como se sabe, o auto de arrematação aperfeiçoa-se com a assinatura do Juiz, do arrematante e do leiloeiro.

Colhe-se dos autos em apenso que foram lavrados três autos de arrematação ocorridos no dia 30 de abril de 2013, de parte das terras então pertencente à executada, ora autora/apelante, localizada no lugar denominado Currais, na Fazenda Saco de Faria, sítio no Distrito de Andrequicé, município de Três Marias/MG.

O primeiro auto de arrematação, de f. 335, indica a aquisição de 147 (cento e quarenta e sete) alqueires de terras por Alexandre do Carmo Santos, no valor de R$427.000,00 (quatrocentos e vinte e sete mil reais), tendo o imóvel, por sua vez, sido avaliado por R$450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais), valor já atualizado monetariamente à época dos fatos.

O segundo auto de arrematação, de f. 336/337, indica a aquisição de 36 (trinta e seis) alqueires de terras (parte 2) e uma área com 136,21,05ha (cento e trinta e seis hectares vinte e um ares e cinco centiares) de terras (parte 3), arrematados por Donato Alves, no valor de R$90.000,00 (noventa mil reais) e R$60.000,00 (sessenta mil reais), respectivamente (parte 2 e 3), tendo os imóveis, por sua vez, sido avaliados por R$132.132,00 (cento e trinta e dois mil e cento e trinta e dois reais) e

R$81.600,00 (oitenta e um mil e seiscentos reais), respectivamente, valores já atualizado monetariamente à época dos fatos.

O terceiro auto de arrematação, de f. 338/339, indica a aquisição de partes de terras com 52,22ha (cinquenta e dois hectares e vinte e dois ares), 64,21ha (sessenta e quatro hectares e vinte e um ares), 2,22,66ha (dois hectares vinte e dois ares e sessenta e seis centiares) e 85,61,54ha (oitenta e cinco hectares sessenta e um ares e cinquenta e quatro centiares) de campos, adquiridos por Sirlene de Souza Maciel, no valor de R$97.000,00 (noventa e sete mil reais), tendo o imóvel, por sua vez, sido avaliado por R$145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais), valor já atualizado monetariamente à época dos fatos.

A parte autora alega que os imóveis foram adquiridos por preço vil, uma vez que a avaliação do bem, pelo oficial de justiça, se deu de forma errônea e incompleta, o que teria levado a desfaso do valor atribuído ao imóvel.

Ocorre que, como muito bem apontado pelo nobre Magistrado primevo, do auto de avaliação do imóvel, o advogado da parte executada, ora autora, foi devidamente intimado, contudo, não se opôs, à época, ao valor atribuído ao bem.

Como se sabe, contra referida avaliação, poderia a parte ter apresentado impugnação ao ato processual apresentado e, assim, instado o magistrado a se manifestar sobre o possível vício. Contudo, não o fez, e, dessa maneira, se sujeitou aos efeitos da preclusão processual.

Ademais, a parte autora também não demonstrou nesses autos, por meio de elementos probatórios firmes, quais foram os efetivos vícios na avaliação do imóvel promovida nos autos em apenso, ônus de prova que lhe competia desincumbir nos moldes do art. 373, I, do CPC (antigo art. 333, I, do CPC/73).

Já a despeito da suposta arrematação do imóvel por preço vil, entendo que o magistrado também agiu com o acerto ao sustentar e afastar a tese levantada ao discorrer que nenhum dos imóveis foram arrematados por preço inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor da arrematação.

O fato do edital do leilão não ter previsto preço mínimo para arrematação dos bens, por si só, não incida vício processual grave passível de ensejar a nulidade absoluta do ato, uma vez que, posteriormente a sua ocorrência, caberia ao magistrado, com base no valor atualizado da avaliação do imóvel e do preço que se chegou a arrematação, verificar se o valor ofertado foi ou não vil, e, se assim o fosse, não homologar a arrematação e impedir a lavratura do respectivo auto.

Não realizada a arrematação de bens por preço inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor de avaliação, necessário é afastar a tese de aquisição por preço vil.

Nesse sentido, já se pronunciou reiteradas vezes o excelso Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Ação anulatória de leilão e arrematação em virtude de preço vil e falta de intimação pessoal dos autores. Leilão extrajudicial. Intimação prévia do devedor. Necessidade. Preço vil não caracterizado. Arrematação por valor superior à metade da avaliação. Do preço vil do leilão extrajudicial. Caracterizado. - Ação anulatória de leilão e arrematação em virtude de preço vil e falta de intimação pessoal dos autores. - A jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de que é necessária a intimação pessoal do devedor acerca da realização do leilão extrajudicial. - Caracteriza-se preço vil quando a arrematação não alcançar, ao menos, a metade do valor da avaliação. Precedentes. - Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial não provido (AgInt nos EDcl no REsp n° 1931921/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 22.11.2021, *DJe* de 25.11.2021).
>
> Processual civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Sistema financeiro da habitação. Cerceamento de defesa. Capitalização. Cláusula de avaliação. Fundamentos não impugnados. Venda casada. Intimação. Purgação da mora. Súmulas n° 5 e 7 do STJ. Valor do bem. Arrematação. Preço vil. Súmulas n° 282 do STF e 7 e 83 do STJ. Decisão mantida. - Nos termos do art. 1.021, § 1º, do CPC/2015, é inviável o agravo interno que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada. Incidência, por analogia, da Súmula n° 182/STJ. - O recurso especial não comporta exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n° 7/STJ). - O acolhimento das teses relacionadas à venda casada e à intimação para purgar a mora demandariam reexame de provas, o que não se admite neste procedimento. - A simples indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem que o tema tenha sido enfrentado pelo acórdão recorrido, obsta o conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento (Súmula n° 282 do STF), tal qual se verifica em relação à tese de ausência de atualização do valor do imóvel. – "A caracterização do preço vil se dá quando o bem penhorado for arrematado por valor inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor originariamente atribuído pelo laudo de avaliação" (AgInt no REsp n° 1.461.951/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. em 21.02.2017, *DJe* de 24.02.2017). - Agravo interno desprovido (AgInt no AREsp n° 1204037/GO, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, j. em 28.06.2021, *DJe* de 01.07.2021).

Não realizada a arrematação dos bens por preço vil, assim considerado aquele inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor atualizado da avaliação e, ainda, inexistente qualquer ato nulo que enseja a desconstituição do ato jurídico de arrematação, necessário é manter, na íntegra, a r. sentença proferida que julga improcedente o pedido formulado na inicial nesse sentido.

Dispositivo.

Ante o exposto e firme nesse entendimento, nego provimento ao recurso para manter, na íntegra, a r. sentença proferida, por esses e seus próprios fundamentos.

Majoro os honorários advocatícios sucumbenciais devidos pela parte autora/apelante aos procuradores dos réus, à exceção do réu Donato Alves, revel, para 12% (doze por cento) do valor atualizado dado a causa, tudo conforme dispõe o art. 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil.

Custas recursais devidas pela parte apelante.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AMORIM SIQUEIRA E FAUSTO BAWDEN DE CASTRO SILVA (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO).

Súmula -NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação anulatória de doação de imóvel - Negócio jurídico formalizado mediante procuração - Necessidade de identificação do donatário - Entendimento cristalizado pelo colendo STJ - Formalidade não cumprida - Vício do instrumento que enseja a declaração de nulidade do ato

- Diante da solenidade que a doação impõe, em razão da disposição de patrimônio que acarreta, o Colendo STJ firmou o entendimento no sentido de que "para a validade de escritura de doação realizada por procurador não bastam poderes para a liberalidade, de modo genérico, é indispensável a menção do respectivo objeto e do donatário" (REsp nº 1.575.048/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, *DJe* de 26.02.2016).

- Emergindo induvidosa, no caso *sub judice*, a ausência de indicação do donatário do imóvel no instrumento de mandato outorgado, nula é a doação, na medida em que, consoante se viu, somente se perfectibiliza se for indicado na procuração o donatário a quem o doador quer beneficiar, não se revelando suficiente o *animus donandi* indeterminado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.12.040701-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Georgina Pereira de Freitas Espólio de, Repdo P/ Invte Rosangela Freitas de Oliveira - Apelado: Ângela Freitas de Oliveira. - Relatora: DES.ª JAQUELINE CALÁBRIA ALBUQUERQUE.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 7 de junho de 2022. - *Jaqueline Calábria Albuquerque* - Relatora.

Voto

DES.ª JAQUELINE CALÁBRIA ALBUQUERQUE - Trata-se de recurso de apelação interposto por espólio de Georgina Pereira de Freitas, contra a r. sentença reproduzida no documento nº de ordem , proferida nos autos da ação de anulação de doação de imóvel movida em face de Ângela Freitas de Oliveira, que julgou improcedentes os pedidos iniciais, nos seguintes termos:

> Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos formulados pela parte autora, resolvendo-se, assim, o mérito em conformidade com o disposto no art. 487, I, do Código de Processo Civil. Em relação à reconvenção, julgo improcedente o pedido formulado na reconvenção, resolvendo-se, assim, o mérito em conformidade com o disposto no art. 487, I, do Código de Processo Civil. Retifique-se o valor da causa para R$61.142,93 (sessenta e um mil cento e quarenta e dois reais e noventa e três centavos). Condeno a parte autora ao

> pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, atento ao disposto no art. 85, § 3°, do Código de Processo Civil, ficando suspensa sua exigibilidade urna vez que a parte autora é beneficiária da justiça gratuita. Condeno, ainda, a ré/reconvinda ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo 10% (dez por cento) do valor atualizado da reconvenção, atento ao disposto no art. 85, § 3°, do Código de Processo Civil, ficando suspensa sua exigibilidade eis que a ré é beneficiária da justiça gratuita.

Interpostos embargos de declaração pelo espólio autor (evento n° de ordem 55), foram eles rejeitados (doc. n° de ordem 59).

Consubstanciado o seu inconformismo nas razões recursais reproduzidas no evento n° de ordem 61, pretende o espólio apelante a reforma do r. *decisum*, sustentando, em resumo, que se revela manifestamente nula a doação levada a efeito pela autora da herança, haja vista que, por ocasião da lavratura do instrumento público de mandato, outorgando poderes para realizar o negócio jurídico em questão, aquela já apresentava debilidade mental, conforme demonstram os documentos colacionados aos autos. Nesse passo, esclarece que "a procuração pública acostada aos autos às f. 370 que foi outorgada pela Sr.ª Georgina, foi totalmente fraudada, já que na data da lavratura da procuração, qual seja, 07.07.2009, a mesma já estava com suas faculdades mentais totalmente comprometidas, sendo incapaz de reger a sua pessoa e seus bens. Inclusive, de acordo com o ofício encaminhado pelo cartório de notas do 9º Ofício, a procuração foi assinada com as digitais da Sra. Georgina, sendo que o funcionário do cartório baseou-se apenas em um relatório médico simples, já que a interditada não falava, não andava, não escrevia e não possuía nenhuma capacidade mental.

Assevera que no "estudo social realizado em 29.05.2009, restou totalmente comprovado que a Sr.ª Georgina já estava totalmente dependente das atividades diárias, necessitando de cuidadoras 24 horas por dia", a corroborar tais assertivas.

Salienta que exatamente por reconhecer o estado de saúde da doadora, "o MM. Juiz da 5ª Vara de Família deferiu em caráter de urgência o lançamento de gravame junto ao Registro de Imóvel o que fora devidamente juntado aos autos às f. 42/43".

Conclui que restando "devidamente comprovado documentalmente a incapacidade metal da Sra. Georgina, no ato da outorga da procuração pública, para efetivação de doação todos os atos praticados devem considerados nulos".

Ausente o preparo, por se encontrar a apelante sob os auspícios da gratuidade da justiça.

Contrarrazões, em esperada e evidente infirmação, pugnando pelo desprovimento do recurso (doc. n° de ordem 63).

Por meio do despacho reproduzido no evento n° de ordem 68, determinou-se a intimação das partes, nos termos do art. 933, *caput*, c.c. os arts. 9º e 10, todos do CPC, para se manifestarem

sobre a possibilidade de reconhecimento da nulidade da doação efetivada, por não contemplar o instrumento de mandato outorgando poderes para a prática desse ato o beneficiário da liberalidade (evento nº de ordem 28), sendo certo que malgrado regularmente intimadas, mantiveram-se silentes.

É o relatório, no essencial.

Admissibilidade.

Satisfeitos os pressupostos que regem a sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Mérito.

Pretende o espólio apelante a reforma da r. decisão de primeiro grau, que julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade do negócio jurídico (doação) então levado a efeito pela autora da herança, Georgina Pereira de Freitas.

Para tanto, alega que, à época da doação do bem imóvel matriculado sob o nº 79.819, perante o Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis desta capital, a Sra. Georgina estava com sua capacidade mental comprometida, a tornar nula a procuração outorgada com a finalidade de realizar a doação do dito bem e, via de consequência, do negócio jurídico em si, nos termos do art. 166, I, do Código Civil.

Conforme o que preceitua o art. 107 do diploma material civil, "a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir", donde se extrai que os negócios formais e solenes constituem exceção.

Sucede que a doação se cuida de contrato solene, encontrando-se entre aqueles negócios jurídicos essencialmente formais, na medida em que, nos termos da legislação de regência, deve ser formalizado "por escritura pública ou instrumento particular" (CC, art. 541, *caput*), mormente quando perfectibilizada por intermédio de procuração, consoante se verifica no caso, cuja outorga encontra-se sujeita à forma pública exigida por lei para o ato a ser praticado (CC, art. 108), bem assim, de poderes especiais expressos (CC, art. 661, § 1º).

Bem por isso, ou seja, diante da solenidade que a doação impõe, em razão da disposição de patrimônio que acarreta, o Colendo STJ firmou o entendimento no sentido de que "para a validade de escritura de doação realizada por procurador não bastam poderes para a liberalidade, de modo genérico, é indispensável a menção do respectivo objeto e do donatário" (REsp nº 1.575.048/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, *DJe* de 26.02.2016).

Por sua pertinência, trago à colação a íntegra da ementa do aresto em evidência, *litteris*:

> Recurso especial. Ação declaratória de nulidade de ato e negócios jurídicos. Doação de imóvel por intermédio de procurador. Tribunal *a quo* que reputou inválida a primeira procuração outorgada em razão da falsidade do conteúdo a despeito da autenticidade da assinatura, mantendo a higidez dos demais instrumentos de mandato ante a ausência de

> provas quanto à sua falsificação. Alegação de que o instrumento carece dos elementos mínimos para a sua validade, notadamente a particularização do donatário. Recurso especial provido. Hipótese: A controvérsia dos autos reside na análise acerca da aventada nulidade da doação por procuração quando descumpridos requisitos essenciais determinados na lei. - A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei a exigir expressamente. A doação, no entanto, é negócio jurídico contratual essencialmente formal, porquanto a própria lei especifica que ocorrerá por escritura pública ou instrumento particular, notadamente quando perfectibilizado por intermédio de mandato, cuja outorga está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado. - Para a validade de escritura de doação realizada por procurador não bastam poderes para a liberalidade, de modo genérico, é indispensável a menção do respectivo objeto e do donatário, o que não ocorreu na espécie. - Ademais, no caso, é incontroverso o fato de que não houve a indicação do donatário do imóvel, bem ainda que a primeira procuração é falsa, a sugerir, a partir da cronologia dos fatos, que o negócio jurídico fora entabulado com a figura do *falsus procurator*. - Recurso especial provido para julgar parcialmente procedente os pedidos a fim de declarar a nulidade da escritura de doação lavrada com base nas procurações de f. 106-109 (REsp n° 1.575.048/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, *DJe* de 26.02.2016).

No mesmo sentido:

> Civil. Recurso especial. Doação praticada por ex-marido com o uso de mandato conferido pela esposa durante a vivência conjugal. Ausência de poderes específicos para a prática do ato. Nulidade. - Ausente o prequestionamento, não há que se conhecer da alegada violação a lei federal. - Reconhece-se a existência da vontade de doar, por parte do mandante, apenas quando do instrumento de mandato constar, expressamente, a individualização do bem e o beneficiário da liberalidade, sendo insuficiente a cláusula que confere poderes genéricos para a prática do ato jurídico. Recurso especial ao qual se nega provimento (REsp n° 503.675/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 03.05.2005, *DJ* de 27.06.2005, p. 366).

In casu, ao exame detido da procuração outorgada pela autora da herança - conferindo poderes específicos à procuradora constituída para o ato de liberalidade - infere-se que malgrado haja expressa menção acerca do seu objeto, não contempla a indicação do donatário do imóvel (evento n° de ordem 28), deixando, assim, de atender aos requisitos mínimos para o ato de liberalidade, consagrados nos arestos em evidência.

Destarte, emergindo induvidosa a ausência de indicação do donatário do imóvel no instrumento de mandato outorgado, nula é a doação, na medida em que, consoante se viu, somente se perfectibiliza se for indicado na procuração o donatário a quem o doador quer beneficiar, não se revelando suficiente o *animus donandi* indeterminado.

No tema, a lição de Pablo Stolze Gagliano, *litteris*:

A doutrina e a jurisprudência brasileiras têm admitido a doação por procuração, desde que o doador cuide de especificar o objeto da doação e o beneficiário do ato (donatário).

Tal situação, aliás, não proibida por lei, já era prevista no Anteprojeto de Código de Obrigações, elaborado pelo grande Caio Mário da Silva Pereira:

"Art. 432: Não vale a doação que se faça por procurador, salvo investido de poderes especiais, com indicação expressa do donatário, ou de um dentre vários que o doador nominalmente mencionar".

Ora, desde que a referida procuração contenha poderes especiais, indicando, por conseguinte, o beneficiário da liberalidade e o bem doado, não vemos óbice a que se reconheça validade e eficácia ao ato, consoante anotam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

"Para a validade de escritura de doação realizada por procurador não bastam poderes para a liberalidade, de modo genérico. É indispensável a menção do donatário, bem como o objeto respectivo. No mesmo sentido: RT 495/44 (RT 472/95)"

Respeita-se, assim, a autonomia da vontade do doador representado, sem risco à segurança jurídica (*O contrato de doação*: análise crítica do atual sistema jurídico e seus efeitos no direito de família e das sucessões. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 181).

No mesmo norte, a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

Apelação cível. Julgamento *extra petita*. Não ocorrência. Pedido de justiça gratuita. Recolhimento do preparo recursal. Preclusão lógica. Indeferimento. Anulação de negócio jurídico. Procuração. Poderes específicos. Doação. Necessidade de especificação do bem a ser doado e do beneficiário. Honorários de advogado. Possibilidade de revisão. Valor da causa extremamente elevado. Redução dos honorários arbitrados na sentença. Nova fixação de forma equitativa. Possibilidade. - Por sentença *extra petita* entende-se aquela em que o juiz profere decisão de natureza diversa do que foi pedido na petição inicial ou, ainda, com fundamentação distinta da causa de pedir e dos elementos de defesa. - Rejeita-se a preliminar de julgamento *extra petita* quando a sentença observou os limites postos na lide, atribuindo-lhe o fundamento e a prestação jurisdicional adequada à situação fática. - Diante do recolhimento das custas processuais - *venire contra factum proprium* - a concessão da assistência judiciária mostra-se dispensável. - Para a realização de doação, negócio jurídico que transcende a mera administração de bens, não basta conter na procuração poderes específicos para o ato, mas também a especificação do bem a ser doado e da pessoa a ser beneficiária. - Da mesma forma que, quando em vigor o CPC de 1973, na hipótese de o valor da condenação ser muito baixo deixava-se de considerá-lo como parâmetro para fixar os honorários de advogado de forma equitativa, agora, em sendo o valor da causa injustificada e desproporcionalmente alto, há que se fixar os honorários daquela forma equitativa, nos termos do art.85, § 8º, do novo CPC.- Cabe reduzir os honorários de advogado arbitrados na sentença para fixá- los, de forma equitativa, nos termos do art. 85, § 8º, do novo CPC, haja vista a pouca complexidade da causa (TJMG - Apelação Cível

1.0155.14.000249-6/001, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, 17ª Câmara Cível, j. em 21.06.2018, p. da súmula em 03.07.2018).

Ressalta-se que uma vez declarada a nulidade da doação, o imóvel deverá ser reintegrado ao acervo do espólio, ao fim de que seja ulterior e regularmente partilhado.

Dispositivo.

Com tais razões de decidir, dou provimento ao recurso, para reformar a r. sentença hostilizada e julgar procedente o pedido inicial, declarando com isso a nulidade da escritura pública de doação lavrada perante o 2º Tabelionato de Notas desta capital e levada a registro perante o 1º Ofício de Registro de Imóveis desta mesma capital, determinando a expedição de ofício aos respectivos cartórios para que, respectivamente, anotem à margem da escritura de doação constante do Livro 1472N, f. 51/52, a declaração de nulidade do referido negócio jurídico, e da matrícula nº 86.498, a anulação da doação realizada. Diante do provimento deste recurso, inverto os ônus sucumbenciais, observada a gratuidade da justiça concedida à requerida.

Custas recursais, pela apelada, suspensa, igualmente, a sua exigibilidade, no interstício do art. 98, § 3º, do CPC.

Votaram de acordo com o Relator o DESEMBARGADORES CAVALCANTE MOTTA E JUIZ DE DIREITO CONVOCADO NARCISO ALVARENGA MONTEIRO DE CASTRO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação declaratória - Descontos em benefício previdenciário - A regra que exige precedente tentativa de solução pela via administrativa é exceção - Não se interpreta extensivamente por analogia para suprimir direitos - Interesse de agir reconhecido - Indeferimento da petição inicial inadequado

- Nos termos do art. 17 do CPC, para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

- A petição inicial não é inepta quando não demonstra anterior tentativa de negociação administrativa nas causas que discutem inclusão indevida do nome no cadastro dos órgãos de inadimplência e indenização por danos morais, por não caracterizar documento indispensável à propositura da ação, não configurando hipótese de indeferimento, com consequente extinção do processo, conforme arts. 320, 321, § único, c.c. 485, I, do CPC.

- A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CR/88).

- Para restringir direitos não se admite interpretação extensiva de decisões proferidas pelo STF ou STJ em que se estabelece exigência de prévio requerimento na esfera administrativa para constituir interesse de agir, uma vez que abrange situações diversas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.22.119319-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: José Ildeu Soares - Apelado: Itaú Unibanco S.A. - Relator: DES. CAVALCANTE MOTTA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2022. - *Cavalcante Motta* - Relator.

Voto

DES. CAVALCANTE MOTTA - Trata-se de apelação interposta por José Ildeu Soares, em face da sentença (ordem 21) proferida pelo MM. Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, Pedro Cândido Fiúza Neto, que, nos autos da "ação declaratória de inexistência de negócio jurídico c.c. pedido de danos morais", ajuizada pelo apelante contra Banco Itaú Unibanco S.A, indeferiu a petição inicial e extinguiu o feito, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, I, do CPC.

Condenou o autor ao pagamento das custas processuais, suspendendo a exigibilidade em razão da gratuidade de justiça deferida.

O apelante afirma que ajuizou ação sustentando que o apelado averbou contratos de empréstimos consignados em seu benefício previdenciário e que não firmou os referidos pactos; que a sentença não é considerada fundamentada se deixar de enfrentar o conjunto da postulação trazido na exordial; que pretende comprovar inexistência do negócio, pouco importando se o apelante apresentará ou não o contrato objeto da lide; que a jurisprudência é unânime no sentido de que não há exigência de prévio requerimento administrativo para exercer direito de ação pretendendo declaração de inexistência do débito; que visa obtenção de reparação por danos morais após confirmação da ilegitimidade da contratação; que o acesso ao Judiciário é garantia constitucional assegurada a toda pessoa que se sente ameaçada em seu direito, conforme art. 5º, XXXV, da CR/88. Requer provimento do recurso para reformar a sentença, determinando prosseguimento da ação (ordem 24).

Sem preparo, tendo em vista o deferimento dos benefícios da gratuidade da justiça.

Sem contrarrazões.

Em síntese, é o relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

No caso, verifico que o autor ajuizou ação declaratória de inexistência de negócio jurídico c.c. reparação por danos morais sustentando foi surpreendido ao consultar extrato de seu benefício previdenciário com averbação de contratos que não celebrou com o réu. A Magistrada *a quo* determinou a intimação da autora para comprovar o prévio requerimento administrativo de exibição dos contratos descritos na exordial perante o apelado (ordem 17).

Após, o autor informou que não requereu os contratos pela via administrativa, por entender que a matéria discutida envolve danos morais e apuração de crime de falsidade (ordem 20).

Em seguida, o Juízo de primeira instância indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo sustentando que a ausência de comprovação do prévio requerimento administrativo caracteriza falta de interesse processual.

Compulsando dos autos, verifico que a pretensão recursal merece ser acolhida e a sentença guerreada deve ser cassada.

O art. 17 do CPC dispõe que:

> Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

A doutrina ensina sobre o interesse de agir ou interesse processual que:

> O interesse de agir (ou interesse processual) relaciona-se com a necessidade da providência jurisdicional solicitada. (Donizetti, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018).

> Interesse (ou interesse de agir) é a necessidade que a parte tem de usar o processo para sanar o prejuízo já ocorrido ou para afastar o perigo da ameaça de lesão. Compreende também a adequação do remédio processual escolhido à pretensão da parte (Theodoro Júnior, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016).
>
> O interesse de agir deve ser analisado sob dois diferentes aspectos: a necessidade de obtenção da tutela jurisdicional reclamada e a adequação entre o pedido e a proteção jurisdicional que se pretende obter (STJ, REsp nº 954.508/RS, 4.ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 28.08.2007).
>
> Haverá necessidade sempre que o autor não puder obter o bem da vida pretendido sem a devida intervenção do Poder Judiciário. Em regra, havendo a lesão ou ameaça de lesão a direito, consubstanciada na lide tradicional, haverá interesse de agir, porque, ainda que exista a possibilidade de obtenção do bem da vida por meios alternativos de solução de conflitos, ninguém é obrigado a solucionar seus conflitos de interesse por essas vias alternativas. Na jurisdição voluntária há lide presumida, decorrendo a necessidade da própria previsão legal que obriga as partes à intervenção jurisdicional. Por adequação se entende que o pedido formulado pelo autor deve ser apto a resolver o conflito de interesses apresentado na petição inicial (Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado.* Salvador: JusPodivm, 2016).

Dessa forma, o interesse de agir compreende a adequação, ou seja, há correspondência entre a pretensão e o provimento jurisdicional requerido, bem como a necessidade, consistente na impossibilidade de obter a satisfação do direito almejado sem a interferência do Poder Judiciário.

Com efeito, o art. 320 do CPC dispõe que "A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação". Em sequência, o art. 321, *caput*, do mesmo diploma legal, prevê que "O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete [...]", enquanto o parágrafo único do mesmo dispositivo estabelece que "Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial".

Na hipótese, a apelante sustenta averbação de contratos em sua conta referentes a contratos que não celebrou, e busca tutela jurisdicional para que seja demonstrada a ilegitimidade da contratação, bem como pretende, confirmada que a averbação é indevida, reparação por danos morais.

A apelante instruiu a inicial com extrato de empréstimos consignados e histórico de créditos, que alega demonstrar averbação dos contratos questionados em sua conta de recebimento do benefício previdenciário (ordem 07/09).

O art. 5º, XXXV, da CR/88, prevê que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Nesse sentido, entendo que não é o caso de indeferimento da inicial por falta de interesse processual e extinção do feito sem resolução de mérito, uma vez que o documento exigido não é

indispensável à propositura da ação e os documentos juntados são suficientes para verificar, nessa etapa inicial, a necessidade e adequação da tutela jurisdicional postulada. O interesse foi narrado e decorre, até então, da lógica dos fatos. Ademais, exige-se uma providência não regulamentada, de forma que a requerida pode postergar ao seu conforto a oficialização da tentativa administrativa de prévia conciliação.

A jurisprudência desta 10ª Câmara Cível:

> Apelação cível. Justiça gratuita. Parâmetros da defensoria pública de minas gerais. Atendimento. Hipossuficiência financeira demonstrada. Deferimento da benesse. Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. danos morais. Indeferimento da inicial. Determinação de comprovação de prévia tentativa administrativa. Interesse de agir configurado. Sentença cassada. Recurso provido. Demonstrado, nos autos, que o rendimento da parte enquadra-se no parâmetro da Defensoria Pública deve ser deferida a benesse da gratuidade da justiça. O interesse processual na ação declaratória de inexistência de débito decorre da necessidade de retirar o nome do cadastro restritivo. Não se exige o esgotamento da via administrativa para se socorrer do Poder Judiciário. Se estão presentes todos os requisitos legalmente previstos nos arts. 319 e 320 do CPC, não havendo previsão legal para a comprovação da prévia tentativa de solução extrajudicial, a cassação da sentença que indeferiu a inicial é medida que se impõe (TJMG - Apelação Cível n° 1.0000.20.551529-9/001, Rel. Des. Marcelo Pereira da Silva (Juiz de Direito Convocado), 10ª Câmara Cível, j. em 27.10.2020, p. da súmula em 05.11.2020).

Some-se, ainda, que o CPC estabelece primazia do julgamento do mérito. Logo, estando em termos a petição inicial, a exigência de tentativa de negociação pela via administrativa, no caso, via particular, não se mostra condizente com a intenção do princípio estabelecido no diploma processual.

Saliento que as condições da ação devem ser analisadas conforme narrativa contida na petição inicial, sendo desnecessário um maior aprofundamento cognitivo por parte do julgador, ou seja, sem juízo de mérito. Dessa forma, a análise do interesse de agir é realizada em abstrato, conforme os fatos descritos na petição inicial.

> Agravo de instrumento. Ação de reintegração de posse. Preliminares suscitadas pelos agravados. Intempestividade. Rejeição. Legitimidade da parte. Teoria da asserção. Interesse processual presente. Pedido liminar. Requisitos do art. 561 do CPC/15. Ausência de comprovação. - Interposto o recurso dentro do prazo de 15 (quinze) dias úteis, nos termos do disposto pelo § 5º do art. 1.003 c.c. art. 212 do CPC/2015, não há que se falar em intempestividade. - Pela teoria da asserção, a relação jurídica será analisada com base no afirmado pelo demandante na petição inicial, abstratamente, não se confundido com a relação material, que diz respeito ao mérito da causa. - O interesse de agir consiste na necessidade de o autor vir a juízo para que o Estado decida controvérsia existente entre as partes e na utilidade que o provimento jurisdicional poderá lhes proporcionar, ou seja, diz respeito ao binômio necessidade-adequação. - Para o deferimento da liminar nas ações de reintegração de posse, necessário se mostra a comprovação dos requisitos constantes no

art. 561 do CPC/15, quais sejam: a posse do autor; a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; a data da turbação ou do esbulho; e, por fim, a perda da posse. - Inexistindo nos autos a prova da posse da parte autora, impõe-se a manutenção da decisão que indeferiu a liminar postulada (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv n° 1.0447.16.001285-5/001, Rel. Des. Vicente de Oliveira Silva, 10ª Câmara Cível, j. em 29.11.2016, p.da súmula em 16.12.2016).

A apelante narra em sua inicial ilegitimidade da contratação, bem busca declaração de inexistência do negócio jurídico, mais reparação por dano moral.

As situações em que os tribunais superiores exigem prévia postulação administrativa são ações previdenciárias, cobranças de indenização pelo seguro DPVAT, fornecimento de medicamentos por ente público, cobertura de tratamento por plano de saúde e propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários. Portanto, se diferem da postulação inicial. Em face disso, não cabe ao juízo estendê-las para restringir direito.

Pretende-se uma extensão por analogia, que restringe direitos em confronto com princípios constitucionais, o que não pode merecer abrigo.

Nesses termos, entendo que não é o caso de indeferimento da petição inicial por falta de interesse processual, em razão da não comprovação de tentativa de solução da questão na esfera administrativa, devendo ser cassada a sentença.

Por mais que reconheça a extrema importância e relevância da busca da conciliação, exigir da parte esgotamento de via administrativa, assim genericamente, ofende diretamente a vontade do legislador, desde a base constitucional, até porque não há regulamentação quanto a esse processo conciliatório.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso para cassar a sentença hostilizada e determinar o retorno dos autos ao Juízo *a quo* para o seu regular processamento.

Custas, ao final.

Votaram de acordo com o Relator as DESEMBARGADORAS MARIANGELA MEYER E JAQUELINE CALÁBRIA ALBUQUERQUE.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo de instrumento - Justiça gratuita - Hipossuficiência - Pessoa jurídica que explora atividade do ramo de eventos - Receita - Queda drástica - Pandemia de covid-19 - Restrições - Comprovação - Deferimento - Agravo provido

- O gozo do benefício da justiça gratuita deve ser concedido apenas a aqueles que comprovem ser pobres, não sendo suficiente para tanto a simples declaração de pobreza de próprio punho.

- A pessoa jurídica com insuficiência de recursos para pagar custas, despesas processuais e/ou honorários advocatícios tem direito à gratuidade judiciária.

- Deve ser deferido, ainda que temporariamente, gratuidade judiciária requerida por pessoa jurídica que comprova, mediante documentação contábil, queda drástica de receita, mormente quando atua em ramo de atividade que, notoriamente, foi demasiadamente afetado de forma negativa em período de restrição maior imposto pelo Poder Público para o necessário combate da pandemia da covid-19.

- Restando comprovada a hipossuficiência da parte autora, infere-se que o deferimento da justiça gratuita requerida é medida que se impõe.

- Agravo provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV N° 1.0000.21.125353-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Immaginare Comércio e Locação Ltda. - ME, Nathalia Ventura Alves - Agravado: Banco Santander Brasil S.A. - Relator: JUIZ DE DIREITO CONVOCADO NARCISO ALVARENGA MONTEIRO DE CASTRO.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte 21 de junho de 2022. - *Narciso Alvarenga Monteiro de Castro* - Relator.

Voto

JUIZ DE DIREITO CONVOCADO NARCISO ALVARENGA MONTEIRO DE CASTRO - Cuidam-se os autos de agravo de instrumento interposto por Immaginare Comércio e Locação Ltda. e Nathalia Ventura Alves, visando a reforma da decisão que indeferiu o pedido de assistência judiciária gratuita proferida pelo MM. Juiz da 25ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, nos autos da ação revisional c.c. obrigação de fazer, ajuizada em face de Banco Santander Brasil S.A.

Sustentam os agravantes que trabalham no ramo de eventos e que os efeitos da pandemia da co-

vid-19 impediram o exercício de sua atividade empresarial, reduzindo 100% (cem por cento) de seu faturamento.

Alegam que a grave crise que enfrentam está devidamente comprovada através de documentos que jungem os autos.

Aduzem que a agravante Nathalia é estudante e tem como única e exclusiva renda o que advém da empresa Immaginare.

Pugnaram pela concessão de efeito suspensivo, e, ao final, pelo provimento do recurso.

Foi concedido efeito suspensivo parcial, impedindo a execução da decisão ora atacada até ulterior decisão a ser dada por essa Câmara (doc. ordem 43).

Informações prestadas pelo Juízo *a quo* (doc. ordem 44) notificando que a decisão foi mantida em juízo de retratação e, diante da ausência de notícia da interposição do agravo nos autos, foi proferida sentença em 20.07.2021, antes da decisão do relator.

Manifestação dos agravantes (doc. ordem 52) reforçando que não houve perda do objeto, pois a questão discutida no agravo versa exatamente sobre a gratuidade de justiça, o que obstaria a extinção do feito.

Embora devidamente intimado, o agravado não apresentou contraminuta.

O recurso é tempestivo e isento de preparo, por se tratar de pretensão relacionada justamente à concessão da gratuidade de justiça.

É o relatório do essencial.

Decido.

Inicialmente, destaco que não há que se falar em inadmissibilidade do recurso por ofensa ao art. 1.018 do CPC por se tratarem de autos eletrônicos.

Assim, ainda que os agravantes não tenham noticiado nos autos de origem a interposição do agravo, o que culminou na prolação de sentença extinguindo o feito em razão do reconhecimento da deserção, de rigor o julgamento do mérito do agravo, pois, caso provido, haverá a concessão da gratuidade de justiça e a desconstituição lógica da sentença, com a determinação de prosseguimento do feito.

Anote-se que, conforme andamento processual, a ciência da decisão ora agravada pelos agravantes se deu em 21.06.2021, sendo o agravo interposto no último dia do prazo legal, portanto tempestivo.

Desta feita, presentes os pressupostos subjetivos e objetivos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Pois bem.

Os agravantes requereram os benefícios da justiça gratuita, declarando não terem condições de arcar com despesas judiciais, sem prejuízo de seu sustento e de sua família, apontando dificuldades financeiras decorrentes dos efeitos da pandemia da covid-19 na atividade empresarial, também fonte de renda da segunda agravante.

O Juízo *a quo*, por sua vez, indeferiu o pedido de concessão dos benefícios da gratuidade de justiça na decisão de ordem 42-TJ, com o argumento de que a 1ª autora é empresa, encontra-se em atividade e está obtendo receitas. No que se refere à 2ª autora, argumentou que, por ser sócia administradora da primeira, exerce atividade empresarial remunerada com fim lucrativo.

A dicção do art. 98, *caput*, do CPC concede, de fato, o direito ao benefício da assistência judiciária gratuita a aqueles que não possuem condições financeiras para arcar com as custas processuais nos seguintes termos:

> Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

O *caput* do art. 99 do mesmo dispositivo legal determina que o pedido de gratuidade de justiça pode ser feito na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

Entretanto, há que se interpretar tal dispositivo com cautela, uma vez que pode levar à precipitada conclusão de que basta a afirmação de insuficiência de recursos para que o juiz defira o pedido de assistência judiciária.

Tal interpretação tem conduzido a abusos, subvertendo a finalidade do instituto da assistência judiciária, que é de garantir a todo cidadão, humilde ou abastado, o irrestrito acesso à Justiça.

Nesse sentido, a Constituição Federal se primou por garantir o acesso à Justiça, sem incentivar o demandismo, tanto que dispõe, em seu art. 5º, LXXIV, o seguinte:

> Art. 5º. LXXIV. Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Assim, há que se interpretar teleologicamente a lei. A toda evidência, deve prevalecer o texto constitucional. Destarte, a comprovação de insuficiência de recursos não pode ser entendida como "simples afirmação", afinal, fatos comprovados são aqueles integralmente demonstrados ou postos em evidência. Comprovar é reforçar a prova para torná-la irrefutável, segundo Del Plácido e Silva em Vocabulário Jurídico.

É certo que os parâmetros utilizados para averiguar a miserabilidade jurídica são relativos, mor-

mente quando se cotejam os padrões de vida de cada cidadão e os diferentes aspectos socioculturais.

Dessa forma, há necessidade de se adotar um padrão objetivo de análise e comprovação das condições econômicas e financeiras da demandante que requer a gratuidade.

Saliento que o Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, tendo em vista a necessidade de criar padrão objetivo de análise para identificar quais cidadãos deveria ser por ela assistidos, editou a Deliberação n° 25/2015, que fixa o parâmetro de 3 (três) salários mínimos de renda individual e 4 (quatro) salários mínimos de renda familiar, como limite de renda auferível por mês para que o cidadão possa ser assistido pelo órgão, *verbis*:

> Art.1º - Presume-se necessitada, sob o aspecto econômico, toda pessoa natural, nacional ou estrangeira, residente ou não no Brasil, que atenda, cumulativamente, as seguintes condições:
>
> I - renda mensal individual não superior ao valor de 3 (três) salários mínimos, ou renda mensal familiar não superior a 4 (quatro) salários mínimos. [...]

Evidentemente que, em alguns casos, a aparência ou profissão do indivíduo dispensa a comprovação. É que, em tais casos, a situação fala por si.

Conclui-se, portanto, que o gozo do benefício da justiça gratuita deve ser concedido apenas a aqueles que comprovem ser pobres, não sendo suficiente para tanto o simples pedido.

A propósito, colaciono os seguintes precedentes desta 10ª Câmara Cível:

> Agravo de instrumento. Justiça gratuita. Declaração de pobreza. Presunção relativa. Ausência de elementos comprobatórios da hipossuficiência. Benefício não concedido. - A presunção de veracidade conferida à declaração de pobreza firmada por pessoa natural, para fins de concessão de gratuidade judicial, é relativa. Inteligência do art. 99, § 3º, do Código de Processo Civil 2015 c.c. art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição da República. - Se a parte recorrente é intimada para comprovar sua hipossuficiência financeira e não junta documentos hábeis a tal desiderato, o benefício da justiça gratuita deve ser indeferido, porquanto existem, nos autos, indícios de que ele pode efetuar o pagamento das custas e despesas processuais, sem prejuízo de seu sustento e de sua família (TJMG - Processo: Agravo de Instrumento-Cv n° 1.0382.17.000873-6/001; Rel. Des. Vicente de Oliveira; 19.12.17).
>
> Agravo de instrumento. Justiça gratuita. Ausência de comprovação da hipossuficiência. Indeferimento. O gozo do benefício da justiça gratuita deve ser concedido apenas àqueles que comprovem ser pobres, não sendo suficiente para tanto a simples declaração de pobreza de próprio punho. O benefício da assistência judiciária somente será concedido quando restar devidamente comprovada a alegada insuficiência de recursos para arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, em atendimento ao disposto no inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição da República, de 1988. Se a parte não comprova

> nos autos a incapacidade financeira para arcar com as custas e despesas processuais, os benefícios da gratuidade de justiça não devem ser concedidos (TJMG - Processo: Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.17.064630-1/001; Rel. Des. Cabral da Silva; *DJe* de 16.10.17).

No caso em comento, os agravantes alegam que não possuem recursos para custear as despesas do processo, motivo pelo qual requereram os benefícios da justiça gratuita.

No caso, a primeira agravante atua no ramo de eventos, sabidamente prejudicado em períodos mais críticos da pandemia da covid-19, fato inclusive notório (art. 374, inc. I, do CPC).

Igualmente, foi apresentada documentação contábil confirmando queda drástica de receita, de modo que, ao menos quando do ajuizamento da ação, a exigência de pagamento antecipado de custas e/ou despesas processuais acabaria constituindo mais um fator de dificuldade, ainda que o "saldo" obtido não tenha sido negativo.

Frise-se que o objeto da ação se relaciona com a situação vivenciada pela empresa, que adquiriu empréstimo junto à instituição financeira agravada e, diante o inadimplemento diante a pandemia, promoveu nova contratação, a qual requer a revisão das cláusulas.

Assevere-se, ainda, que, apesar da agravante ter mantido movimentação de valores que não podem ser considerado ínfimos nos meses que antecederam o "início" da pandemia e outras medidas tomadas pelo Poder Público para conter o avanço da doença, deve se levar em conta que a diminuição elevada e inesperada de sua receita se contrapõe a despesas correntes que, em regra, não diminuem, não ao menos na mesma proporção.

Lado outro, sendo também fato notório que as empresas do ramo de eventos vêm, aos poucos, se recuperado após política de flexibilização gradativa das medidas restritivas impostas em razão da pandemia, recomenda-se avaliação da situação fático-concreta atual para verificação se é o caso de se manter por mais tempo ou não o benefício da gratuidade judiciária.

No mesmo sentido, a segunda agravante, pessoa natural, coligiu aos autos extrato bancário e outros documentos que indicam não possuir condições de arcar com as custas processuais, inclusive por ter como fonte de renda a empresa agravante, cuja situação de dificuldade financeira já foi apreciada, o que são suficientes para comprovarem a sua hipossuficiência.

Nesse sentido, cito precedentes desse eg. TJMG:

> Agravo de instrumento. Gratuidade judiciária. Pessoa jurídica que explora atividade do ramo de restaurante. Queda drástica de receita em período de restrição maior da pandemia da covid-19. A pessoa jurídica com insuficiência de recursos para pagar custas, despesas processuais e/ou honorários advocatícios tem direito à gratuidade judiciária. Deve ser deferido, ainda que temporariamente, gratuidade judiciária requerida por pessoa jurídica que comprova, mediante documentação contábil, queda drástica de receita, mormente quando atua em ramo de atividade que, notoriamente, foi demasiadamente afetado de forma negativa em período de restrição maior imposto pelo Poder Público para

> o necessário combate da pandemia da covid-19 (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.21.111891-4/001, Rel. Des. José Augusto Lourenço dos Santos, 12ª Câmara Cível, j. em 14.10.2021, p. da súmula em 19.10.2021).

Dispositivo.

Diante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, (1) concedendo, de forma precária, o benefício da gratuidade de justiça aos agravantes, e, por conseguinte, (2) desconstituir a sentença que julgou extinto o feito sem resolução de mérito, (3) determinando o normal prosseguimento do feito, ressalvando-se a possibilidade de reavaliação da situação de hipossuficiência financeira pelo Juízo Natural por ocasião da prolação da sentença, diante de análise mais detida da capacidade financeira atualizada das partes.

Custas ao final pela parte sucumbente.

Votaram de acordo com o Relator as DESEMBARGADORAS MARIANGELA MEYER E JAQUELINE CALÁBRIA ALBUQUERQUE.

Súmula - DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Conflito de competência - Ações declaratória de nulidade de assembleia c.c. Indenização e prestação de contas - Relações jurídicas decorrente do mesmo imóvel - Risco de decisões conflitantes - Reunião dos processos - Necessidade - Competência do juízo suscitante

- A conexão constitui uma regra de modificação da competência, fazendo com que as causas conexas sejam reunidas para julgamento conjunto, com o escopo de evitar decisões conflitantes.

- Constatando-se que as ações declaratória de nulidade de assembleia c.c. indenização e prestação de contas possuem identidade de partes e causa de pedir remota, impõe-se a reunião dos feitos diante do evidente risco de decisões conflitantes.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N° 1.0000.22.043337-9/000 - Comarca de Belo Horizonte - Suscitante: Juiz de Direito da 32ª Vara Cível de Belo Horizonte - Suscitado: Juiz de Direito da 26ª Vara Cível de Belo Horizonte. - Relator: DES. MARCOS LINCOLN.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR O CONFLITO E DAR PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

Belo Horizonte, 20 de abril de 2022. - *Marcos Lincoln* - Relator.

Voto

DES. MARCOS LINCOLN - Trata-se de conflito negativo de competência, suscitado pelo Juiz de Direito da 32ª Vara Cível de Belo Horizonte em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da 26ª Vara Cível de Belo Horizonte, nos autos da "ação de prestação de contas" ajuizada por Marco Antônio Alves e outra em desfavor do Condomínio Residencial das Esmeraldas, *in verbis*:

> [...] No processo n° 5125233-17.2017.8.13.0024 que tramita nessa vara, os autores buscam tão somente a anulação de assembleia do condomínio, alegando eventuais vícios.
>
> Naquela ação os autores desistiram do pedido de exigir conta, por ser incompatível com os demais pedidos.
>
> Não vejo qualquer conexão entre os pedidos daquela ação e da presente ação.
>
> É certo que são diversos os pedidos e diversas a causa de pedir, havendo tão somente identidade de partes.

> Diante do Exposto, suscito conflito negativo de competência.
>
> Remeta-se ao ETJMG para dirimir o conflito.

Para tanto, o suscitante enfatizou que não existiria conexão entre as demandas e tampouco risco de decisões conflitantes, razão pela qual não seria necessária a reunião dos processos para julgamento conjunto.

Distribuídos, os autos me vieram conclusos.

Pelo DE n° 28, Juízo Suscitado foi oficiado para prestar informações. As informações vieram com o DE n° 29.

É o breve relatório. Passa-se à decisão.

Pelo que se infere, o processo que originou o conflito (Processo n° 5040110- 80.2019.8.13.0024) tramitava perante o Juízo Suscitado (Juiz de Direito da 26ª Vara Cível de Belo Horizonte) e corresponde à "ação de prestação de contas" ajuizada por Marco Antônio Alves e outra em desfavor do Condomínio Residencial das Esmeraldas, objetivando a prestação de contas referente ao apartamento n° 202 do imóvel situado na Rua Irema Maia Freire, n° 120, no Bairro Copacabana, em Belo Horizonte/MG, administrado pelo condomínio réu.

No entanto, os autores da referida demanda também ajuizaram contra o condomínio réu "ação declaratória de nulidade de assembleia geral, cominada com pedido de prestação de contas, cominada com indenização por danos material e moral" (Processo n°5125233-17.2017.8.13.0024), pretendendo discutir a validade da assembleia geral extraordinária realizada no dia 28.02.2016, além de questionar as contas prestadas e os atos de administração do réu.

Como cediço, o Código de Processo Civil, em seu art. 55, repisando o art. 103 do CPC de 1973, dispõe que "reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir"; já o § 1º do mesmo artigo prescreve: "os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado".

Sobre o tema, ensina Humberto Theodoro Júnior:

> Ocorre a conexão entre várias ações nos casos previstos no art. 103 (comunhão de objeto ou causa de pedir). A defesa que invoca a conexão é apenas dilatória, já que não visa à extinção do processo, mas apenas à reunião das causas conexas (art. 105). Os autos, no caso do acolhimento da preliminar, são simplesmente remetidos ao juiz que teve preventa sua competência, segundo as regras do arts. 106 e 219 (*Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I. p. 379).

Logo, há conexão de causas pela identidade do objeto mediato, objetivamente considerado aquele sobre o qual a providência jurisdicional pretendida deve recair, ou pela identidade da causa de pedir, que ocorre quando duas ou mais ações se fundam no mesmo ato ou fato jurídico que o autor

coloca como fundamento de sua demanda.

Não bastasse isso, o art. 55, § 3º, do CPC/15, recomenda a reunião dos processos que possam gerar risco de decisões conflitantes, mesmo sem conexão entre eles, *litteris*:

> Art. 55. [...]
>
> § 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.

No caso em apreço, ainda que os autores tenham desistido do pedido de prestação de conta na ação declaratória de nulidade de assembleia c.c. indenização, a questão controvertida tem origem comum, qual seja, a eventual violação aos direitos dos proprietários do apartamento, nº 202, do imóvel situado na Rua Irema Maia Freire, nº 120, no Bairro Copacabana, em Belo Horizonte/MG, administrado pelo condomínio réu.

Além disso, as demandas envolvem as mesmas partes, o mesmo imóvel e a mesma relação jurídica.

Destarte, a meu ver, os processos devem ser reunidos para julgamento conjunto a fim de se evitar decisões conflitantes.

Conclusão.

Mediante tais considerações, rejeita-se o conflito negativo de competência a fim de declarar competente o Juízo Suscitante da 32ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte para processar e julgar a ação de prestação de contas (Processo nº 5040110-80.2019.8.13.0024).

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS E FABIANO RUBINGER DE QUEIROZ.

Súmula - REJEITAR O CONFLITO E DAR PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

Apelação cível - Direito do consumidor - Responsabilidade objetiva - Fortuito interno - Teoria do risco do empreendimento ou do risco-proveito - Negativação indevida - Dano moral *in re ipsa* - Anotações preexistentes, Súmula nº 385 do STJ

- A teoria do risco do empreendimento (ou do risco-proveito) estabelece que é objetiva a responsabilidade - ou seja, reconhecida independentemente da prova de culpa ou dolo do agente - por danos causados ao consumidor em razão de fatos que, embora não derivados diretamente de ação ou omissão do empresário, são decorrentes da própria organização de sua atividade econômica - os denominados "fortuitos internos".

- É desnecessária prova do dano *in re ipsa*, assim considerado, pela atual jurisprudência do STJ, aquele derivado da inscrição indevida do consumidor em cadastros restritivos de crédito. Contudo, não há que se falar em tal presunção quando verificadas legítimas anotações preexistentes (Súmula nº 385 do STJ).

- O *quantum* atribuído à indenização por danos morais deve guardar estrita congruência com sua finalidade reparatória, de sorte que deve o eventual excesso, que dê azo ao enriquecimento sem causa, ser decotado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.22.101831-0/001 - Comarca de São João Del-Rei - Apelante: Telefônica Brasil S.A. - Apelado: Marco Roberto José dos Santos. - Relator: DES. RUI DE ALMEIDA MAGALHÃES.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 29 de junho de 2022. - *Rui de Almeida Magalhães* - Relator.

Voto

DES. RUI DE ALMEIDA MAGALHÃES - Trata-se de recurso de apelação interposto por Telefônica Brasil S.A., contra sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de São João Del-Rei, em sede de ação de indenização por dano moral, movida por Marco Roberto José dos Santos, que julgou procedentes os pedidos autorais para condenar o réu/apelante ao pagamento de R$20.000,00 (vinte mil reais) a título de reparação por danos morais, tendo em vista a constatação de inscrição indevida em cadastro de restrição ao crédito.

Conforme narrado na exordial, o autor/apelado foi surpreendido com a existência de cadastros negativadores realizados pelo réu/apelante em função de supostos débitos, no valor total de

R$2.361,45 (dois mil trezentos e sessenta e um reais e quarenta e cinco centavos), oriundos de alegados inadimplementos pela disponibilização de linhas telefônicas no Estado de São Paulo.

Contudo, o autor/apelado sustenta que nunca requereu tais serviços, de sorte que não reconhece a existência de vínculo contratual e, por conseguinte, de obrigação para com o réu/apelante (doc. ordem n° 1).

Prosseguindo para a sentença (doc. ordem n° 66), dela extraio, em pertinência:

> O laudo pericial trouxe a seguinte conclusão: "As assinaturas nos contratos de prestação de serviço de telefone móvel firmados não condizem com a dos documentos pessoais apresentados pela autora na pega de ingresso e mais, não foram grafados pelo punho escritor. As assinaturas são divergentes" (ID. 3378791405).
>
> De modo a que se condene alguém ao pagamento de indenização por dano moral é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são o dano, a culpa do agente - em caso de responsabilização subjetiva - e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo. O dano moral se configura simplesmente pela inscrição ou manutenção indevida do nome do cliente em cadastro de devedores inadimplentes.
>
> O art. 6º, VI, da Lei n° 8078/90, prevê a efetiva reparação ao consumidor dos danos patrimoniais e morais, em consonância com o preceito contido no art. 5.º, X, da Constituição Federal.
>
> Os autos retratam uma falha na conduta da requerida que causou um dano a alguém, que independe de prova, pois decorre pura e simplesmente da existência de uma restrição ao crédito perpetrada injustamente.
>
> Nos termos do capítulo IV da seção II dos arts. 12 a 17 do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor de produtos/serviços tem responsabilidade objetiva pelos danos causados através dos chamados acidentes de consumo (fatos do produto/serviço). A responsabilidade objetiva, para se configurar, dispensa existência de culpa comprovada, bastando a conduta, o dano e o nexo causal entre a conduta e o dano.
>
> *In casu*, a ação da requerida, ao manter indevidamente o registro negativo relativo ao nome da parte autora, independentemente de ter agido com culpa ou não, causou o dano pelo próprio fato da manutenção da negativação não devida. Não é cabível discussão sobre culpa no âmbito da reparação do fornecedor de produtos/serviços por acidentes de consumo, visto que, por força dos arts. 12 e 14 da Lei n° 8078/90, a responsabilidade destes é objetiva.
>
> O *quantum* da indenização deve atender a duplo objetivo: constituir uma punição para o ofensor e uma compensação pecuniária para a vítima. Considerando as peculiaridades do caso, arbitro os danos morais em R$20.000,00 (vinte mil reais).
>
> Deverá ser confirmada a decisão liminar.
>
> Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos para condenar Telefônica Brasil S.A. a pagar a Marco Roberto José dos Santos a importância de R$20.000,00 (vinte

mil reais), corrigida monetariamente pelos índices adotados pela Corregedoria Geral de Justiça a contar da data do arbitramento, com juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a partir da data da intimação da presente decisão.

Confirmo a decisão liminar.

Condeno a requerida ao pagamento das custas, despesa com perícia e honorários advocatícios aos patronos da parte adversa que arbitro em 16% (dezesseis por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Em suas razões de apelação, reafirma o réu/apelante a existência de relação contratual, conforme as telas sistêmicas e cópias de faturas telefônicas acostadas aos autos, ao que, em tese alternativa, sustenta a existência de fato exclusivo de terceiro, consubstanciado por fraude na contratação. Subsidiariamente, reclama pela redução do *quantum* indenizatório face ao elevado valor fixado na instância de origem, tendo em vista a vedação geral ao enriquecimento sem causa (doc. ordem nº 68).

Contrarrazões pelo desprovimento do apelo (doc. ordem nº 76). É o relatório, em síntese.

Certificada a ciência da sentença em 20.01.2022 e interposto o recurso em 04.02.2022, tenho-o por tempestivo. Ademais, devidamente recolhido o preparo (doc. ordens nºs 70 e 71) e presentes os demais pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo.

Procedo ao exame do mérito recursal.

Observo, em primeiro lugar, que o Juízo singular considerou a incidência do Código de Defesa do Consumidor ao caso, medida essa que, de fato, mostra-se adequada sob a ótica do instituto do consumidor por equiparação (art. 17), e que não foi impugnada, de toda sorte, pelo réu/apelante. Portanto, é necessário que se considere presumida a vulnerabilidade do autor/apelado.

Com efeito, a incidência ao caso da teoria do risco do empreendimento (ou do risco-proveito) indica a responsabilidade objetiva - ou seja, reconhecida independentemente da prova de culpa ou dolo do agente, nos termos do art. 14, *caput*, do CDC - do fornecedor de produtos e serviços por danos causados ao consumidor em razão de fatos que, embora não derivados diretamente de ação ou omissão do empresário, são decorrentes da própria organização de sua atividade econômica - os denominados "fortuitos internos" -. Diante disso, a culpa, em sentido amplo, exclusiva de terceiro, não é elemento apto a elidir o nexo causal e, por lógica consequente, a responsabilidade civil.

Cumpre destacar, nessa toada, que, embora a dispensa do elemento subjetivo do agente não se estenda à prova da materialidade do dano - de maneira que necessária, ainda, a efetiva conjugação do nexo causal, do ato ilícito e, evidentemente, da lesão ao direito de personalidade (arts. 927 c.c. 186 do CC) -, é cediço que a negativação indevida, à míngua de cadastros legítimos preexistentes (Súmula nº 385 do STJ: "Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento"), constitui dano moral *in re ipsa*, conforme a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Portanto, em tais casos, a lesão ao direito de personalidade é presumida.

Volvendo às particularidades do caso, extraio do laudo pericial produzido em instrução que, de fato, as assinaturas constantes nos documentos intitulados Termo de Adesão e Contratação de Serviços SMP e Contrato de Permanência por Benefício (doc. ordem nº 6 - f. 14/15) não partiram do punho escritor do Sr. Marco Roberto José dos Santos (doc. ordem nº 55 - f. 132). Na mesma ocasião, foi igualmente certificada a falsidade do documento de identidade apresentado na ocasião da suposta contratação, tendo em vista que divergente com o original quanto à assinatura e a todos os demais dados (doc. ordem nº 55 - f. 129/130).

Por um lado, na que medida em que a atual sistemática processual brasileira não coadune, como regra, com a tarifação probatória, é vigente a noção do livre convencimento motivado, pela qual se possibilita ao magistrado apreciar globalmente as provas e, a partir delas, desde que fundamentadamente, preste a devida jurisdição. No entanto, tal circunstância não elide a excepcional importância da prova pericial em casos que envolvem matéria técnica especializada e alheia à seara jurídica, nos quais é esperado que as conclusões da perícia tenham embasamento fundamental na escolha do julgador. É como pondera Cândido Rangel Dinamarco:

> Perícia é o exame feito em pessoas ou coisas, por profissional portador de conhecimentos técnicos e com a finalidade de obter informações capazes de esclarecer dúvidas quanto a fatos. Daí chamar-se perícia, em alusão à qualificação e aptidão do sujeito a quem tais exames são confiados. Tal é uma prova real, porque incide sobre fontes passivas, as quais figuram como mero objeto de exame sem participar das atividades de extração de informes. *(Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 612)

Portanto, concluo que as telas sistêmicas acostadas aos autos não são prova hábil a infirmar a responsabilidade objetiva do réu/apelante, tendo em vista que embasadas, *ab ovo*, por nulidade absoluta (art. 104, I, do CC). Entrementes, porque a perpetração de fraudes é evento previsível e inerente à atividade econômica explorada pelo réu/apelante, tenho que nada exclui, tampouco, o nexo de causalidade.

Por outro lado, as inscrições ora impugnadas foram precedidas por outras 3 (três), advindas de Banco do Brasil S.A. (doc. ordem nº 6), que devem ser presumidas, à falta de prova em contrário, legítimas. Portanto, preexistentes outras anotações, tenho por forçosa a incidência, *in casu*, do enunciado da Súmula nº 385 do STJ, a infirmar a presunção de lesão ao direito de personalidade.

Diante disso, não há que se falar na presunção de dano moral *in re ipsa*, de sorte que imprescindível a existência de prova material para tanto.

No que diz respeito ao instituto, anoto, em pertinência, as observações de Sérgio Cavalieri Filho:

> [...] 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).

Sob essas premissas, é possível concluir que o dano moral se constitui pelo prejuízo decorrente da agressão à dignidade humana que provoque constrangimento, mágoa ou tristeza na esfera íntima do lesado, sendo necessário, porém, que tenha ela contundência superior ao que seja tido, contextualmente, como tolerável. Portanto, a obrigação reparatória se embasa na existência de lesão ao direito de personalidade que exceda aos meros aborrecimentos cotidianos, ou seja, aqueles corriqueiros e pertinentes à própria vida em sociedade.

No caso em tela, porém, não vislumbro reflexos excepcionalmente deletérios dos fatos, consubstanciados pela afetação, direta ou indireta, no elemento psicológico ou no *modus vivendi* do autor/apelado. Pelo contrário, tenho que a tese voltada para a pretensão reparatória se embasou, exclusivamente, na infirmada presunção do dano, ao que, contudo, não foram trazidos aos autos elementos de convicção que indiquem, concretamente, a sustentada lesão indenizável.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso para, apenas, afastar a condenação indenizatória por danos morais.

Observados os princípios da causalidade e da sucumbência, majoro os honorários advocatícios em 4% (quatro por cento) do valor da condenação, ao que distribuo em 2% (dois por cento) em favor de cada causídico, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do CPC. Suspendo essa condenação em relação ao autor/apelado, contudo, em função da gratuidade da justiça concedida.

Votaram de acordo com o Relator as DESEMBARGADORAS MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS E SHIRLEY FENZI BERTÃO.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de obrigação de fazer - contrato de prestação de serviços educacionais - Exigência de garantia fidejussória para efetivação da matrícula - Impossibilidade - Abusividade comprovada - Sentença mantida

- São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que tratam do fornecimento de produtos e serviços, as que colocam o consumidor em desvantagem exagerada e também as que não retratem a boa-fé ou a equidade (CDC, art. 51, IV).

- A cláusula que estipula a exigência de garantias fidejussórias como condição para efetivação da matrícula restringe o direito do consumidor, representando vantagem manifestamente excessiva e, ainda, violação ao direito à educação constitucionalmente garantido, com fulcro no art. 6º, *caput*, e art. 205 e seguintes da CR/88.

Apelação Cível nº 1.0000.20.492674-5/003 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Feluma Fundação Educacional Lucas Machado - Apelada: Maria Eduarda Cordeiro Reis. - Relator: Des. Marcos Lincoln.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 25 de maio de 2022. - *Marcos Lincoln* – Relator.

Voto

DES. MARCOS LINCOLN - Trata-se de apelação interposta por Feluma - Fundação Educacional Lucas Machado à sentença retratada no DE 101, integrada ao DE 112, proferida nos autos da ação de obrigação de fazer que lhe move Maria Eduarda Cordeiro Reis, pela qual a MMª. Juíza de Direito decidiu:

> "Em face do exposto, julgo procedente o pedido da autora, resolvendo o mérito da causa, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, para confirmar a r. a decisão proferida em sede de Agravo de Instrumento, que deferiu a tutela de urgência de natureza antecipada, para impor à ré a obrigação de se abster de exigir fiador, carta fiança bancária, seguro- garantia, ou até mesmo o pagamento integral, à vista, para realização de matrícula, em cada um dos semestres do curso de medicina, sob pena de multa diária de R$1.000,00 (mil reais), limitada a R$50.000,00 (cinquenta mil reais).

> Ressalto que tal obrigação não obsta à instituição a, eventualmente, negar as matrículas nos semestres posteriores em caso de inadimplência das mensalidades.
>
> Em consequência, condeno a ré ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, em valor correspondente a R$1.500,00 (mil e quinhentos reais), nos termos do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil."

Nas razões recursais (DE 106), a ré apelante sustentou a legalidade dos itens 11.4 e 11.6 do Edital relativo ao "Processo Seletivo Vestibular 2020 - 2º Semestre – Medicina", de modo que a Instituição de Ensino, dotada de autonomia administrativa, nos termos dos art. 205, 207 e 209 da CR/88, poderia exigir garantias fidejussórias no ato da efetivação da matrícula da discente; que "os demais concorrentes se submeteram às mesmas regras da ora Apelada, todos aprovados e cumpriram todas as regras que lhes foram impostas, pelo que não é justo mitigar o princípio da isonomia entre os candidatos, em razão de um concorrente que não consegue cumpri-la, em prejuízo aos demais e principalmente à Apelante que passa a ter seu crédito vulnerável."

Contrarrazões (DE 117), nas quais a apelada requereu a manutenção da sentença recorrida.

É o relatório.

Passa-se à decisão.

Colhe-se dos autos que Maria Eduarda Cordeiro Reis ajuizou esta ação em desfavor de Feluma - Fundação Educacional Lucas Machado, à alegação de que "foi aprovada no vestibular do curso de Medicina da Faculdade Ciências Médicas - MG (FCM-MG), referente à 6ª Retificação do Edital do Processo Seletivo Vestibular 2020/2º Semestre 2020 - Medicina, para ingresso no 2º semestre de 2020. Conforme documentos anexos. Ocorre que a Instituição de Ensino Superior exige no item 11.4 do edital, para a efetivação da matrícula, que o aluno apresente garantia fidejussória, quer seja por meio de 2 (dois) fiadores com renda igual ou superior a 3 (três) vezes o valor da mensalidade do curso ou fiança bancária. Sob pena de não aceitação da matrícula do candidato aprovado, item 11.6".

Por esses motivos, ao fundamento de que teve seu direito à educação violado, pediu a condenação da ré à obrigação de fazer consistente na abstenção de exigir fiador, carta fiança bancária, seguro-garantia ou até mesmo o pagamento integral, à vista, do valor da semestralidade, no momento da efetivação da matrícula no curso de medicina, sob pena de multa diária.

Citada, a ré contestou (DE 34), arguindo preliminar de falta de interesse de agir. No mérito, enfatizou que "a autora inscreveu-se como candidata à vaga do Processo Seletivo Vestibular 2020/2º Semestre 2020 - Medicina. Anuiu com as condições do edital e a elas se submeteu. Conforme confessou a própria autora em sua petição inicial, o edital previa claramente em suas disposições (itens 11.4 e 11.6)"; que "o edital é a Lei que regulamenta a relação entre as partes e serve à publicidade, transparência, ao resguardo do Princípio da Isonomia e legalidade do certame"; que a autora deveria ter impugnado o edital em momento oportuno; que "ao se inscrever para o processo, a autora foi devidamente informada das normas e exigências, tomando conhecimento e assentindo com o

regulamento do edital, no qual restam claras as condições de matrícula e garantias, sejam elas pela indicação de fiadores, fiança bancária ou quitação integral, o que por si só já demonstra que à Autora foi dada a oportunidade de eleger a modalidade de garantia que mais lhe conviesse"; que "se para o financiamento estudantil via Fies o Governo Federal exige garantias pessoais do contratante, razoável e isonômico pensar que também as entidades de ensino particulares podem exigir essas mesmas garantias daqueles que contratam seus serviços educacionais", pelo que os pedidos iniciais deveriam ser julgados improcedentes.

Impugnada a contestação e instruído o feito, sobreveio a sentença recorrida, pela qual a Magistrada singular julgou procedentes os pedidos iniciais.

Esses são os fatos. Pois bem.

De início, impõe-se salientar que as disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis à espécie, uma vez que a autora contratou os serviços da ré na condição de destinatária final.

Assim, as condições impostas à autora devem ser analisadas caso a caso e sob a ótica protecionista do CDC, para que não haja abusividade, nem prejuízo para o consumidor.

No caso em apreço, extrai-se dos itens 11.4 e 11.6 do Edital referente ao "Processo Seletivo Vestibular 2020 - 2º Semestre – Medicina" (f. 18/32 doc. único) que:

> 11.4. Será exigida, ainda, a apresentação de 2 (dois) fiadores, onde cada um deverá ter renda igual ou superior a 3 (três) vezes o valor da mensalidade do curso, que ficarão solidariamente responsáveis pelo seu adimplemento, ou fiança bancária, devendo apresentar documento de identidade, CPF, comprovantes de renda e residência, certidão de casamento (se for o caso). Se o fiador for casado e em regime que não seja o de separação de bens, será necessário o consentimento do outro cônjuge à fiança prestada.

[...]

11.6. No caso de eventual não apresentação da garantia prevista no item 11.4 deste Edital ou a prestação de informações inidôneas, a FCM-MG não aceitará a matrícula do candidato. Neste caso, a vaga será destinada a outro candidato, respeitada a ordem de classificação final dos candidatos.

Como se vê, embora referidas cláusulas estejam claramente redigidas, não há dúvida de sua abusividade, de modo que seu conteúdo deve ser declarado nulo.

Isso porque, após analisar detidamente a questão, deve-se levar em consideração que a cláusula que estipula a exigência de garantias fidejussórias como condição para efetivação da matrícula restringe o direito do consumidor, representando vantagem manifestamente excessiva e, ainda, violação ao direito à educação constitucionalmente garantido, com fulcro no art. 6º, *caput*, e art. 205 e seguintes da CR/88.

Além do mais, o edital foi redigido unilateralmente pela apelante, configurando-se como contrato de adesão (art. 54 do CDC), cerceando o direito da beneficiária em discuti-lo ou de modificá-lo,

principalmente se observarmos que o valor total, anual ou semestral, será dividido em doze ou seis parcelas mensais iguais, nos exatos termos do § 5º do art. 1º da Lei n.º 9.870/99.

E, como se sabe, a teor do art. 51, IV, do CDC, são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa- fé ou a equidade.

A propósito, nesse sentido, já decidiu este Tribunal de Justiça:

> Direito constitucional e processual civil. Ação ordinária. Pretensão de matrícula em instituição privada de ensino superior independentemente de prestação de fiança. Exigência de caráter mercantil incompatível com a natureza do serviço prestado. Limitação da liberdade de contratar. Função social do contrato. Tutela antecipada. Requisitos. Preenchimento. Nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Conquanto não exista conceito objetivo do que venha a ser prova inequívoca, é lugar comum na doutrina e na jurisprudência que tal corresponde a um elemento probatório que conduza não a uma mera possibilidade, mas sim à quase certeza do êxito do autor na demanda, o que aliado a outros requisitos, torna imperiosa a antecipação, em caráter precário, do próprio direito material discutido na lide. Já o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação assenta-se na possibilidade concreta de que a não fruição imediata do direito subjetivo debatido possa ocasionar àquele que se afirma seu senhor mazela que não poderá ser debelada, pelo risco de desaparecimento do próprio sujeito ou do direito em questão. Cabível a pretensão antecipatória para o aluno de ensino superior que pretende se ver matriculado pelo educandário independentemente da prestação de fiança, pois ao impor a exigência da garantia, intenta o fornecedor de serviços educacionais se valer de institutos e normas privatísticas voltadas ao crédito, não guardando consonância com a natureza do serviço contratado, pondo-se assim em confronto com o direito à educação protegido pela Carta Política em seus art. 6º e 205. A exigência de fiador em contratos da espécie, apesar de atende r aos interesses patrimoniais da instituição de ensino, fragiliza o momento social do pacto (art. 421 do Código Civil), exatamente por causar o cerceio do acesso à educação que, pelo só fato de ser prestada através de ente privado, não deixa de ser do interesse público. Recurso não-provido (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0024.10.306647 - 8/001, Relator: Des. Sebastião Pereira de Souza, 16ª Câmara Cível, j. em 24.08.2011, p. em 02.09.2011).

Destarte, a exigência sub judice coloca a consumidora em posição de extrema desvantagem frente à apelante, notadamente porque "a garantia extra é não apenas inadequada, como excessiva e lucrativa para a própria Instituição de Ensino, haja vista inexistir justificativa plausível capaz de amparar maior aparato assecuratório em seu proveito, para tanto resultando insuficiente suposto alto custo do serviço prestado. No cenário em que exigida, a imposição de fiança acaba por constituir em-

pecilho a ser superado pelo aluno que almeja acessar formação superior, não raro dependente da célula familiar para subsidiar financeiramente sua vida acadêmica. [...] A condição de prestadora de serviços impõe à requerida que adote medidas lícitas, mas não abusivas, que possam minimizar o risco do negócio que, aliás, a ela toca por inteiro" (TJMG, Apelação Cível nº 1.0000.20.445094-4/001, de Relatoria do Desembargador Saldanha da Fonseca, DJe 27.08.2020).

Não fosse isso suficiente, consoante deliberou esta 11ª Câmara Cível no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0000.20.492674-5/001, "em princípio, não há que se falar em prejuízo à instituição de ensino agravada, mormente porque a agravante comprovou por meio dos documentos eletrônicos nº 33/34 e 39/42 o pagamento das mensalidades referentes a agosto, setembro e outubro de 2020 e, em caso de inadimplência, a ré, ora agravada, poderá recorrer aos meios legais para cobrança do seu crédito".

Além do mais, como bem asseverou a Magistrada singular "tal obrigação não obsta à instituição a, eventualmente, negar as matrículas nos semestres posteriores em caso de inadimplência das mensalidades".

Convém registrar ainda que o contrato celebrado entre as partes é de prestação de serviços educacionais e, não, de concessão de crédito, de modo que a argumentação no sentido de que há correlação entre a contratação sub judice e aquela decorrente do contrato de financiamento estudantil vinculado ao Fies não passa de mera conjectura, por inexistir embasamento legal.

Logo, em que pesem as alegações recursais, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Conclusão.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante. Majoram-se os honorários advocatícios para R$2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Votaram de acordo com o Relator a Desembargadora Shirley Fenzi Bertão e o Desembargador Fabiano Rubinger de Queiroz.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Embargos de declaração em apelação cível - Fundamentação sucinta - Coisa julgada em ação desconstitutiva - Princípio da eventualidade - Honorários de sucumbência - Postura protelatória

- "O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas" (STF, Tema de Repercussão Geral nº 339).

- Toda sentença constitutiva ou desconstitutiva, ainda de que de forma implícita, primeiro declara existência de condições fáticas e/ou legais para uma constituição ou desconstituição de ato ou negócio jurídico, o que atrai coisa julgada também em relação à tutela declaratória nela inserida.

- Não cabe, num segundo processo, a mesma pretensão rejeitada no processo anterior, ainda que levantados novos argumentos e cogitações, visto que, pelo princípio da eventualidade, competia à parte, por meio de seu advogado, já no primeiro processo, ter provocado apreciação de todas as questões capazes de influenciarem uma decisão de acolhimento do seu pedido.

- Conforme tese aprovada pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (Tema nº 1.076), não é permitida fixação de honorários de sucumbência por apreciação equitativa em razão apenas de o valor da causa ser elevado.

- Utilização indevida de embargos declaratórios, com intenção de desvirtuar caráter integrativo do recurso, traduz postura protelatória passível de penalização mediante multa processual.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO-CV Nº 1.0000.21.021920-0/003 - Comarca de Belo Horizonte - Embargante: Construtora Ferri & Fraiha LTDA. - Embargada: Solimar José Piassi, Ângela Maria Pimenta Piassi. - 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 OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS E APLICAR MULTA PROCESSUAL, POR UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 5 de maio de 2022. - *José Augusto Lourenço dos Santos* - Relator.

Voto

DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS - Cuida-se de embargos de declaração, com pretensão de efeito modificativo, aviados por Construtora Ferri & Fraiha LTDA. em desfavor de Solimar José Piassi e Ângela Maria Pimenta Piassi, partes qualificadas nos autos, imputando "omissões" e "contradições" a acórdão de apelação, no qual a Turma Julgadora, por unanimidade, rejeitou preliminar de nulidade de sentença por suposta ausência de fundamentação e manteve extinção de

processo com base no fenômeno da coisa julgada.

Autora/apelante, ora embargante, intimada em 03.03.2022 e recurso em tela protocolizado em 10.03.2022. Argumenta-se que o acórdão violou o art. 93, inc. IX, da CRFB, e o art. 489, § 1º, do CPC, porque teria utilizado fundamentação genérica, olvidando-se da individualização da causa ao rejeitar preliminar de ausência de fundamentação da sentença. Acrescenta-se alegação de antagonismo, porque supostamente confundido pedido mediato com imediato, desconsiderando-se que na ação antecedente se pretendia uma tutela desconstitutiva, diferentemente desta ação posterior pleiteando tutela declaratória. Aduz-se, também, necessidade de apreciar "matéria de ordem pública", consistente em hipótese de venda a *non domino*. Arremata-se sustentando que honorários de sucumbência, fixados em percentual sobre o valor da causa, deveriam ser arbitrados por equidade, em razão do valor elevado da base de cálculo.

Em resposta, os réus/apelados, ora embargados, defenderam ausência de vício de fundamentação do acórdão e pugnou pela aplicação de multa processual.

Relatado, passo ao voto.

Conheço dos embargos, porque presentes os pressupostos de admissibilidade, observando-se, com destaque, a tempestividade (art. 1.023, *caput*, c.c. art. 219 do CPC) e a legitimidade (art. 996 do CPC), bem como o cabimento (art. 1.022, *caput*, do CPC) e a adequação abstrata (art. 1.022, incisos I e II, do CPC).

Quanto ao último requisito mencionado, saliente-se que "o exame sobre a própria existência ou não dos vícios apontados nos embargos declaratórios é matéria de mérito recursal, que não pode, evidentemente, servir de condição prévia para o conhecimento do recurso" (Mazzei, Rodrigo. Dos Embargos de Declaração. *In*: Wambier, Teresa Arruda Alvim *et al*., (coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. cap. 5. p. 2521/2522).

Avançando, não se verifica efetivas hipóteses de omissões a suprir ou, tampouco, de contradições a eliminar.

Conforme se extrai expressamente do acórdão anterior, a sentença de primeiro grau foi considerada "suficientemente fundamentada", porque traçou "identidade das ações para a declaração de coisa julgada" (motivo determinante da rejeição da preliminar).

Isso, *data venia*, é bastante para a individualização do caso concreto, inexistindo afronta ao art. 93, inc. IX, da CRFB, ou ao art. 489, § 1º, do CPC, considerando, inclusive, que o Pretório Excelso já assentou, em sede de repercussão geral, ser cabível fundamentação sucinta e sem obrigatoriedade de pormenorizações (Tema nº 339/STF).

Ademais, recaindo a arguição de ausência de fundamentação da sentença sobre análise de matéria que também foi devolvida (coisa julgada), a síntese na apreciação da preliminar se mostra ainda mais apropriada, para evitar repetições desnecessárias, lembrando, ainda, que a fundamentação

utilizada no acórdão para manter a extinção do processo possui efeito substitutivo, o que afasta relevância da cogitação de omissão na exposição das razões de decidir na origem.

Quanto à ratificação do reconhecimento da coisa julgada, assentou-se nesta instância revisora, sem nenhuma incoerência, que o "Pedido de 'rescisão de negócio jurídico' por suposta nulidade traz implícito pedido de declaração respectiva, não podendo esse último ser destacado para ajuizamento de nova ação para mesma discussão".

Extrai-se, harmoniosamente, o raciocínio de que a tutela declaratória (pedido imediato reprisado na segunda ação) se insere na tutela desconstitutiva (pedido imediato mais amplo da ação anterior) e ambas buscam o mesmo desfecho (pedidos mediatos), que é afastar obrigações assumidas no contrato firmado entre as partes.

Portanto, diversamente do alegado pela embargante, não se confundiu pedido imediato com pedido mediato, mas sim se verificaram identidades de pedidos em ambas as espécies, visto que toda sentença constitutiva ou desconstitutiva, ainda de que de forma implícita, primeiro declara existência de condições fáticas e/ou legais para uma constituição ou desconstituição de ato ou negócio.

O ordenamento jurídico veda repropositura de ação no todo ou em parte, não havendo, pois, como afastar o óbice de volvermos à análise da hipótese da nulidade do negócio jurídico, cuja declaração, repita-se, fez parte integrante do pedido de "rescisão" do mesmo negócio jurídico.

Em relação à argumentação de venda a *non domino*, isso traduz questão também inserida na ação desconstitutiva, ainda que, por desídia da própria parte ou de seu advogado, não tenha sido alegada na ação anterior, por inobservância ao princípio da eventualidade.

Por oportuno, cite-se lição de Barbosa Moreira:

> Não se pode mais discutir o resultado do processo, ainda que com argumentos diferentes daqueles que efetivamente foram utilizados. Em outras palavras, ainda: não é preciso que a discussão seja exaustiva, para que a sentença se revista de autoridade de coisa julgada. É possível que algumas questões não tenham sido suscitadas, não tenham sido enfrentadas, mas isso se torna irrelevante desde o momento que a sentença transitou em julgado (Moreira, Barbosa. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Liber Juris, 1974. p. 63).

No que tange aos honorários advocatícios de sucumbência, a fixação em percentual sobre o valor atualizado da causa está de acordo com o disposto no § 2º do art. 85 do CPC, observado que valor elevado não se enquadra na hipótese do § 8º do mesmo artigo, que autoriza arbitramento por equidade apenas e tão somente na hipótese de caráter excepcional nele prevista.

Ademais, não se pode olvidar que, quanto maior o valor da causa, maior também é a importância e a responsabilidade que envolvem trabalho e êxito advocatício, justificando, pois, melhor remuneração.

Não bastasse, a insurgência da embargante contraria tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (Tema nº 1.076), de observância obrigatória (art. 927, inc. III, do CPC).

Por fim, considerando que a embargante tentou desvirtuar a natureza integrativa do recurso em tela, com intuito de se valer dos embargos como via de revisão de matérias suficientes decididas, impõe-se a aplicação de multa.

Ora, "não é porque se chama a rosa de cravo que se lhe altera o perfume. Assim também no caso em análise, não basta o manejo dos embargos que se alegue contrariedade, obscuridade ou omissão no *decisum*, quando na fundamentação do recurso se extrai o real motivo do seu inconformismo, a reforma da decisão por *error in judicando*" (ED 1.0388.13.002743-5/002).

A utilização indevida dos embargos declaratórios, motivada por mero inconformismo da parte, constitui postura protelatória, que merece ser penalizada na forma prevista no art. 1.026, § 2º, do CPC.

Nesse sentido:

> Embargos de declaração. Inocorrência de contradição, obscuridade, omissão ou erro material (CPC/15, art. 1.022). Pretendido reexame da causa. Caráter infringente. Inadmissibilidade no caso. Caráter procrastinatório. Abuso do direito de recorrer. Imposição de multa [...] - Embargos de declaração rejeitados. Os embargos de declaração não se revestem, ordinariamente, de caráter infringente. - Não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou erro material (CPC/15, art. 1.022). - Vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. Multa e exercício abusivo do direito de recorrer. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repelido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 1.026, § 2º, do CPC/15 possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes (STF, ARE nº 812523 AgR-ED, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, 26.04.2016).
>
> Embargos de declaração. Omissão. Prequestionamento. Requisitos legais não atendidos. Propósito manifestamente protelatório. Inaplicabilidade da Súmula nº 98/STJ. Multa aplicada. - Os embargos de declaração que não atendem aos requisitos legais para suprir omissão, contradição, obscuridade ou erro material do julgado devem ser rejeitados. – "Quanto à multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, aplicada à agravante em razão dos aclaratórios opostos, ressalte-se que, examinados a petição destes e o decisório que os apreciou, verifica-se que o Tribunal Estadual já havia analisado e decidido de modo claro e objetivo as questões que delimitaram a controvérsia, não havendo a necessidade

de oposição de embargos de declaração para fins de prequestionamento, o que afasta a incidência

da Súmula 98 do STJ" (AgRg no AREsp nº 846.429/PR) (TJMG, ED nº 1.0433.13.024932-2/002, Rel. Des. José Flávio de Almeida, 12ª CACIV, 08.02.2017).

Por todo o exposto, rejeito os embargos de declaração e condeno a embargante ao pagamento de multa na quantia inicial correspondente a 0,5% (meio por cento) do valor atualizado da causa, sem prejuízo dessa penalidade ser elevada até 10% (dez por cento) em caso de eventual reiteração de embargos protelatórios.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBAGADORES JULIANA CAMPOS HORTA E SALDANHA DA FONSECA.

Súmula - POR UNANIMIDADE, REJEITARAM OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS E APLICARAM MULTA PROCESSUAL.

Agravo de instrumento - Execução - Consulta ao CCS do BACEN via SISBAJUD - Informações do correntista - Acesso do juízo cível - Excepcionalidade não demonstrada

- O sistema CCS - BACEN foi criado para materializar o comando do art. 10-A da Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Capitais), e vocacionado, precipuamente, à repressão da criminalidade, podendo ser utilizado de forma excepcionalíssima em demandas cíveis quando há ocultação dolosa de bens e valores.

- "Não havendo situação excepcional que justifique o acesso ao referido banco de dados, deve ser indeferida a medida pretendida".

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.22.076636-4/001 - Comarca de Diamantina - Agravante: Cooperativa de Crédito de Livre Admissão de Paraopeba LTDA. - Sicoob Credi Paraopeba - Agravado: G.M.C.N. - Relator: Marcelo Pereira da Silva (Juiz de Direito convocado).

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, 24 de junho de 2022. - *Marcelo Pereira da Silva* - Relator.

Voto

JUIZ DE DIREITO CONVOCADO MARCELO PEREIRA DA SILVA – A Cooperativa de Crédito de Livre Admissão de Paraopeba LTDA. - Sicoob Credi Paraopeba - interpõe agravo de instrumento da decisão (ordem 63), integrada pela decisão de aclaratórios (ordem 70), que indeferiu pedido de consulta via SISBAJUD nos autos da ação de execução ajuizada em face de G.M.C.N., nos seguintes termos:

> [...] De início, destaco que o sistema CCS - BACEN é um sistema que tem por principal objetivo conforme informativo do CNJ: "auxiliar nas investigações financeiras conduzidas pelas autoridades competentes, mediante requisição de informações pelo Poder Judiciário (ofício eletrônico), ou por outras autoridades, quando devidamente legitimadas". Esse mecanismo foi criado para materializar o comando do art. 10-A, da Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Capitais), e vocacionado, precipuamente, à repressão da criminalidade, podendo ser utilizado de forma excepcionalíssima em demandas cíveis quando há ocultação dolosa de bens e valores. Dessa forma, no caso dos autos, não verifico a excepcionalidade que justificaria o acolhimento do pedido do exequente, posto isto, indefiro. Atento que a execução tramita do interesse do credor, que deverá noticiar nos autos eventual localização dos bens do devedor, diante da inexistência de bens passíveis de penhora de

> titularidade do executado, determino o arquivamento dos autos, com baixa, com base no Provimento nº 301/2015. No mais, proceda a Secretaria a retirada do sigilo das peças processuais, por desnecessário.

A agravante alega que "a consulta via SISBAJUD CCS pretendida se daria no sentido de se revelar a ocultação que, ainda que em tese, pode estar sendo empreendida pelo agravado em conluio com um terceiro que reside no mesmo endereço do devedor (*in casu*, já se apurou ser o tio do agravado). Contudo, o Juízo *a quo* indeferiu o pleito, como já narrado, sob a justificativa de que a consulta via CCS é medida excepcional, utilizada por autoridades em situações de suspeita de 'lavagem de dinheiro', visando, portanto, repreender práticas relacionadas com a criminalidade" (f. 04).

Sustenta que "a consulta via CCS é aplicável também ao processo civil, na medida em que se trata apenas de uma consulta que, ao mesmo tempo, viabiliza e torna eficiente a busca do credor por bens e ativos financeiros que, por vezes, são ocultados pelo executado em prejuízo da eficiência processual e da duração razoável do processo" (f. 05).

Diz que "a pesquisa via SISBAJUD CCS, no caso em tela, dá-se no sentido de se conferir eficácia ao processo, sendo condição de procedibilidade que o aparato do judiciário se invista no preceito lançado pelo art. 797 do CPC, admitindo que a parte possa perseguir seu crédito se valendo dos meios que a legislação lhe coloca à disposição. Assim, o processo executivo realiza-se em conformidade com o interesse do credor, que pode se valer dos meios disponíveis, obedecidos os critérios impostos pela lei, para alcançar a satisfação de seu crédito. [...] dentre as atribuições judiciárias, encontra-se a de garantir às partes um procedimento eficaz, não impondo óbices inexistentes à resolução do impasse judicial" (f. 06).

Pede a antecipação da tutela recursal "a fim de que seja deferida a consulta SISBAJUD CCS requerida, pesquisando-se relacionamentos e vinculações havidas entre o executado e terceiros juntos ao sistema financeiro nacional. No mérito, requer que seja o presente recurso conhecido e provido, cassando-se a decisão recorrida e deferindo à exequente a pesquisa via SISBAJUD CCS requerida no feito executivo de origem, nos termos e na forma supra" (f. 08).

Preparo pago (ordem 02/03).

Indeferido o pedido liminar pretendido (ordem 72).

Dispensada a intimação do agravado para apresentar resposta.

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuidam os autos de origem de ação de execução ajuizada pela agravante em desfavor da parte agravada para o recebimento da quantia de R$25.129,73 (vinte e cinco mil cento e vinte e nove reais e setenta e três centavos).

Cinge-se a controvérsia em verificar o acerto da decisão agravada que indeferiu pedido de pesquisa no sistema CCS - BACEN via SISBAJUD.

Como já enfatizado, o indeferimento do pedido de pesquisa via SISBAJUD não se apresenta com contorno de ilegalidade e não contraria jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça.

O SISBAJUD - Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário - é um sistema que interliga a Justiça ao Banco Central e às instituições financeiras, para localização e bloqueio de ativos de devedores com dívidas reconhecidas na justiça.

In casu, a princípio, o objetivo da agravante em desvendar possíveis "relacionamentos e vinculações havidas entre o executado e terceiros juntos ao sistema financeiro nacional" não está abrangida nas prerrogativas do SISBAJUD.

Demais disso, em cognição sumária, não há prova suficiente de simulação alegada pelo agravante a ensejar o deferimento da pesquisa na forma pretendida.

Como bem destacou o magistrado singular "o sistema CCS - BACEN é um sistema que tem por principal objetivo conforme informativo do CNJ: 'auxiliar nas investigações financeiras conduzidas pelas autoridades competentes, mediante requisição de informações pelo Poder Judiciário (ofício eletrônico), ou por outras autoridades, quando devidamente legitimadas'. Esse mecanismo foi criado para materializar o comando do art. 10-A da Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Capitais), e vocacionado, precipuamente, à repressão da criminalidade, podendo ser utilizado de forma excepcionalíssima em demandas cíveis quando há ocultação dolosa de bens e valores. Dessa forma, no caso dos autos, não verifico a excepcionalidade que justificaria o acolhimento do pedido do exequente".

A propósito:

> Agravo de instrumento. Ação monitória em fase de cumprimento de sentença. Consulta ao CCS do BACEN. Informações do correstista. Provimento nº 161/CGJ. Acesso juízo cível. Excepcionalidade. Não demonstrada. - O acesso ao Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional - CCS-BACEN - é admitido, em regra, aos juízos criminais e, excepcionalmente, aos juízos cíveis, mediante solicitação à Corregedoria Geral de Justiça devidamente fundamentada. - Não havendo situação excepcional que justifique o acesso ao referido banco de dados, deve ser indeferida a medida pretendida (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0720.05.019769-1/001, Rel. Des. Domingos Coelho, 12ª Câmara Cível, j. em 17.06.2021, p. da súmula em 21.06.2021).

Destarte, o arrazoado recursal e as provas apresentadas não infirmam os fundamentos e a conclusão da decisão agravada.

Assim, deve ser mantida a decisão agravada que indeferiu o pedido de pesquisa no sistema CCS - BACEN via SISBAJUD.

Diante do exposto, com fundamento no art. 93, IX, da Constituição da República e art. 371 do Có-

digo de Processo Civil, nego provimento ao recurso.

Condeno a agravante ao pagamento das custas recursais.

Votaram de acordo com o Relator OS DESEMBARGADORES JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS E JULIANA CAMPOS HORTA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de reparação e compensação de danos c.c. Repetição - Deserção - Recolhimento em dobro do preparo - Preliminar rejeitada - Falha na prestação de serviço - Transporte aéreo - Exigência de valor integral de passagem de acompanhante de menor portador de necessidades especiais - Ausência de demonstração de legitimidade da conduta de negar o direito assegurado - Repetição em dobro ordenada - Dano moral - Majoração - Ônus da sucumbência - Redistribuição

- Não há falar em deserção, quando a parte, que não comprova o recolhimento do preparo no ato de interposição do recurso, efetua o pagamento em dobro, na forma do art. 1.007, § 4º, do CPC.

- Uma vez reconhecida a ilegitimidade da negativa de aplicação de desconto na passagem do acompanhante de pessoa portadora de necessidades especiais, a restituição em dobro dos valores descontados é medida que se impõe, pois, conforme preleciona o art. 42 do CDC, o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais.

- Deve ser majorado o valor compensatório, quando evidenciada a reiteração da prática da conduta de negar direito de desconto em aquisição de passagem aérea pelo acompanhante do portador de necessidades especiais.

- Na hipótese de sucumbência mínima do litigante, deve ser observado o disposto no parágrafo único do art. 86 do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.141231-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: G.S.V. Representado p/ Mãe: J.S.V. - Apelado: Azul Linhas Aéreas Brasileiras 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 REJEITAR PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 8 de abril de 2022. - *Juliana Campos Horta* - Relatora.

Voto

DES.ª JULIANA CAMPOS HORTA - Trata-se de apelação interposta contra a sentença de ordem

77, proferida nos autos da ação de compensação de danos morais, proposta por G.S.V., menor impúbere representado por sua genitora J.S.V., contra Azul Linhas Aéreas Brasileiras S.A., por meio da qual a MM.ª Juíza de Direito da 35ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para condenar a requerida ao pagamento de danos morais no importe de R$5.000,00 (cinco mil reais) para cada uma dos autores, corrigida monetariamente, a partir do arbitramento, e acrescida de juros de mora desde a citação.

As partes foram condenadas ao pagamento das custas e honorários de sucumbência fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, repartidos na mesma proporção.

Insurgem-se os autores contra a sentença.

Em suas razões, alegam que o valor devolvido não corresponde ao efetivo desconto garantido ao acompanhante da pessoa com deficiência. Explica que foi devolvida a importância de R$1.259,58 (mil duzentos e cinquenta e nove reais e cinquenta e oito centavos), quando os apelantes fariam jus ao desconto de 80% (oitenta por cento), correspondente a R$1.609,10 (mil seiscentos e nove reais e dez centavos).

Relatam que a devolução parcial somente ocorreu quando voltaram da viagem, obrigando-os a efetuar o pagamento do valor integral.

Aduzem que a devolução se deu de forma parcial e sem a contabilização de juros e correção monetária.

Invocam o art. 42 do CDC para que a apelada seja condenada a restituir em dobro a importância indevidamente cobrada.

Discorrem sobre o dano moral para defenderem a necessidade de majoração do valor compensatório arbitrado na sentença.

Por fim, alegam que deve ser redistribuído o ônus da sucumbência para atribuir ao apelado a obrigação de pagamento integral.

Pugna pelo provimento do recurso.

Contrarrazões apresentadas conforme documento de ordem 106. Parecer da Procuradoria Geral de Justiça (documento de ordem 135) manifestando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Como matéria preliminar, a apelada alega que o recurso não pode ser conhecido por irregularidade no preparo.

Afirma que o recurso foi interposto desacompanhado da guia de recolhimento das custas recursais, que só foi acostada aos autos posteriormente.

Com efeito, tal preliminar não há de ser acolhida, pois o art. 1.007, § 4º, do CPC, dá ao recorrente

a oportunidade de sanar o vício, efetuando o recolhimento em dobro, como ocorreu na hipótese dos autos.

Os apelantes, intimados na forma do referido dispositivo legal, efetuaram o recolhimento em dobro das custas, o que afasta o reconhecimento da deserção.

Em vista disso, rejeito a preliminar.

Superada tal questão e uma vez constatada a presença dos pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Extrai-se dos autos que a segunda apelante, mãe de uma criança com necessidades especiais, primeira apelante, adquiriu passagens aéreas para Orlando, nos Estados Unidos, junto a companhia aérea ré. A viagem tinha como propósito a compra de medicamentos para o primeiro apelante. Esclarece ter informado ao atendente que a reserva seria feita através do MEDIF, de modo que lhe fosse disponibilizado o desconto de 80% (oitenta por cento) do valor da sua passagem como acompanhante de seu filho, de acordo com o que determina a Resolução n° 09 da ANAC.

Segundo a prova dos autos, o voo de ida estava previsto para 30.03.2018 e o voo de volta previsto para 10.04.2018.

Ainda de acordo com o arcabouço processual, no dia 25.02.2018, a primeira apelante preencheu o documento necessário para fazer jus ao benefício, mas não obteve resposta da companhia aérea, que exigiu o pagamento da integralidade do valor da passagem de modo a assegurar a reserva garantida até o dia 05.03.2018.

A prova dos autos demonstra que, não obstante as reclamações dos apelantes junto à ANAC, somente na véspera do voo foi autorizada a liberação do menor para viajar, sendo certo que a devolução da quantia paga pela segunda apelante não foi feita de forma imediata.

A controvérsia recursal assenta-se sobre a questão relativa à repetição em dobro, ao valor compensatório e a distribuição do ônus da sucumbência.

A respeito da repetição em dobro, defendem os apelantes que a restituição foi feita apenas de forma parcial, sem acréscimo de juros de mora e correção monetária, além de ter sido feita na forma simples.

Com efeito, nos termos da Resolução n° 280/2013 da ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil -, é assegurado ao portador com necessidade de assistência especial desconto na aquisição da passagem do acompanhante, que não poderia ser superior a 20% (vinte por cento) do valor do bilhete aéreo adquirido por aquele.

No caso dos autos, a prova produzida comprova que tal direito não foi assegurado aos apelantes, que foram obrigados a pagar o valor integral da passagem da acompanhante do portador de necessidades especiais.

Somente depois que os apelantes já haviam embarcado é que a companhia aérea apelada promoveu a devolução do valor cobrado em excesso.

Frisa-se, ainda, que os documentos demonstram que não foram apresentados motivos que legitimassem a conduta da apelada ao negar o direito assegurado aos apelantes, o que os obrigou ao pagamento do valor integral para assegurar a reserva das passagens aéreas.

O comprovante de ordem 55 comprova o estorno da importância de R$1.259,58 (mil duzentos e cinquenta e nove reais e cinquenta e oito centavos), que corresponde ao percentual de 80% (oitenta por cento) do valor da passagem paga pelos apelantes.

Não prospera, no entanto, a pretensão de que seja corrigida monetariamente, porquanto o reembolso deu-se em prazo inferior a 30 (trinta) dias da data do pagamento do bilhete aéreo (documentos de ordem 29 e 55).

Os apelantes pretendem, também, que a quantia cobrada de forma indevida seja devolvida em dobro.

Uma vez reconhecida a ilegitimidade da negativa de aplicação de desconto na passagem do acompanhante de pessoa portadora de necessidades especiais, a restituição em dobro dos valores descontados é medida que se impõe, pois, conforme preleciona o art. 42 do CDC, o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável, o que não configura o caso dos autos.

A propósito, o entendimento adotado por esta Relatora é corroborado pela tese firmada pelo STJ quando do julgamento do EAREsp nº 676.608, segundo a qual, "A restituição em dobro do indébito (§ único do art. 42 do CDC) independe da natureza do elemento volitivo do fornecedor que realizou a cobrança indevida, revelando-se cabível quando a referida cobrança consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva".

No referido acórdão, o Min. Luis Felipe Salomão teceu importantes considerações que merecem destaque:

> [...] a divergência entre a Primeira e a Segunda Seções é apenas aparente, mas que, todavia, vem gerando inúmeros problemas interpretativos e de aplicação das teses jurídicas. De fato, embora se utilizem de expressões semânticas diferentes, ambos os órgãos julgadores ostentam o mesmo entendimento de que a repetição em dobro, prevista no parágrafo único do artigo 42 do CDC, revela-se cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva, seja por força de inobservância do dever anexo de lealdade ato deliberado, com intuito fraudulento e malicioso, de prejudicar o consumidor , ou do dever anexo de proteção/cuidado, ensejando ato que denote leviandade em relação às cautelas exigidas no sentido de preservação da integridade pessoal e patrimonial do vulnerável. A clareza sobre o real alcance da expressão "má-fé" para fins de incidência da sanção civil de repetição em dobro, tal como exposto no raciocínio ora desenvolvido, po-

> derá modificar, para melhor, a conduta indiligente de alguns fornecedores, que passarão a agir com maior cuidado/zelo/atenção quando os consumidores apontarem irregularidades nas cobranças de supostas dívidas, o que se coaduna com o princípio da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, previsto no inciso III do artigo 4º do CDC, que, além de determinar a observância à boa-fé objetiva, proíbe o enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes (EAREsp n° 676.608/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Corte Especial, j. em 21.10.2020, *DJe* de 30.03.2021).

Dessa forma, na esteira do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, é devida a restituição em dobro dos valores indevidamente cobrados dos apelantes.

Quanto ao valor compensatório, é preciso destacar que ele deve ser fixado com moderação, não podendo propiciar um enriquecimento sem causa, devendo, de outra parte, servir como uma compensação proporcional à ofensa sofrida pela parte, possuindo como objetivos a punição do autor da lesão, o desestímulo à ocorrência de novas condutas lesivas (caráter punitivo-pedagógico), bem como compensação da vítima pelo dano sofrido (caráter compensatório).

Portanto, para a fixação do referido valor devem ser levados em conta os referidos parâmetros, assim como a extensão do dano e a capacidade econômica do ofensor e do ofendido.

Na sentença, o Juiz primevo condenou a apelada ao pagamento de danos morais no importe de R$5.000,00 (cinco mil reais), para cada uma dos autores.

No entanto, é preciso observar que esta já é a segunda demanda ajuizada pelos apelantes contra a apelada, que se nega a observar direito que lhes é assegurado.

A condenação anterior não foi suficiente para impedir a reiteração da conduta, o que demonstra a necessidade de majoração.

Por isso, tal quantia deve ser majorada para R$10.000,00 (dez mil reais) para cada apelante.

Por fim, os apelantes questionam a distribuição do ônus da sucumbência.

Os apelantes foram condenados ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) das custas, o que não pode prevalecer, considerando que decaíram de parte mínima do pedido, o que impõe a observância do disposto no art. 86, § único, do CPC, que determina que, se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, caberá ao outro responder por inteiro pelas despesas e honorários.

Com tais razões de decidir, rejeito a preliminar e dou parcial provimento ao recurso para condenar a apelada a restituir em dobro o valor indevidamente cobrado, descontado o valor já pago, acrescido de juros de mora a partir da citação e corrigido monetariamente desde o desembolso; majorar os danos morais para R$10.000,00 (dez mil reais) para cada apelante e condená-la ao pagamento da integralidade das custas e honorários, inclusive recursais.

Honorários recursais majorados em 5% (cinco por cento).

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES SALDANHA DA FONSECA E DOMINGOS COELHO.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Embargos de terceiro - Penhora de bem móvel escavadeira - Comprovação da propriedade através de nota fiscal e testemunho - Ausência de prova em contrário suficiente a derruir a nota fiscal - Recurso a que se dá provimento

- Havendo nos autos a nota fiscal comprovando a compra da escavadeira por um terceiro e junto a terceiros, sem envolvimento do executado, bem como, havendo prova testemunhal indicando ter ciência da compra do bem pelo terceiro, cumpre dar provimento ao recurso de apelação para desconstituir a penhora levada a efeito sobre o bem, porquanto o conjunto probatório não derruiu os elementos inerentes a propriedade do bem em favor do terceiro.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.192890-8/001 - Comarca de Perdizes - Apelante: Carlos Roberto Pessato - Apelado: Batuir Joaquim de Melo. - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2022. - *Luiz Carlos Gomes da Mata* - Relator.

Voto

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Versa o presente embate sobre recurso de apelação interposto por Carlos Roberto Pessato, face a sentença proferida pelo ilustre Juiz de Direito da Comarca de Perdizes, Dr. Cláudio Henrique Cardoso Brasileiro, que julgou improcedentes os embargos de terceiro opostos pelo apelante, na contenda desse com Batuir Joaquim de Melo, ora parte apelada.

Sustenta a parte apelante que a sentença deve ser reformada, porquanto não atentou para as particularidades da prova, em especial, para o fato de que a máquina escavadeira pertence ao apelante, consoante comprovam as notas fiscais e as testemunhas.

Sustenta mais, também não atentou o magistrado para o fato de que, sendo material e máquina de trabalho, há que reconhecer a impenhorabilidade na forma do art. 833, V, do Código de Processo Civil.

Tecendo considerações outras, pugna ao final pelo provimento do recurso de apelação para que a sentença seja reformada e o pedido da ação de embargos de terceiro acolhido.

Preparo realizado.

Não houve apresentação de contrarrazões.

Este é o relatório. Decido.

Conheço do recurso de apelação diante da presença dos pressupostos de admissibilidade.

Vejo que a parte apelante ingressou com a ação de embargos de terceiro, onde alegou, resumidamente, ser o proprietário de uma escavadeira, apontando a existência de nota fiscal e afirmando que houve indevidamente a penhora do referido bem. Acrescentou que o executado, que é seu irmão, faz uso da escavadeira para auxiliar nos seus rendimentos, mas não é o proprietário da mesma.

A sentença proferida, constante de ordem eletrônica 100, julgou improcedentes os embargos de terceiro, por reconhecer que a parte apelante/embargante não se desincumbiu do ônus da prova em demonstrar ser o efetivo proprietário da máquina escavadeira.

Analisando os elementos probatórios dos autos, vejo que foi colacionado aos autos uma nota fiscal de venda da escavadeira para o autor dos embargos de terceiro, consoante documento ordem eletrônica 6, f. 11.

Não há, nos autos, qualquer outro documento ou nota indicando que a escavadeira pudesse ter sido repassada para a propriedade do executado.

Na oitiva das testemunhas, apresentou-se o Sr. Luis Roberto Batista (ordem eletrônica 92), que confirmou que o embargante comprou há algum tempo atrás a escavadeira, apenas não sabendo precisar se é a mesma máquina constante da descrição da nota fiscal acostada aos autos.

Ora, pelo estágio probatório dos autos, em que pese os fundamentos da sentença ao reconhecer a presença de indícios de que a máquina poderia pertencer ao executado, cumpre reconhecer que tais indícios não são suficientes para descaracterizar a nota fiscal de venda e o testemunho produzido nos autos. Não há prova concreta de que a venda tenha sido simulada e nem há prova concreta de que o embargante tenha transferido a propriedade da máquina escavadeira para o executado.

Se há uma nota fiscal indicando ser do apelante o bem penhorado, ante a compra por ele realizada, somente através de prova concreta e forte, a descaracterizar a nota fiscal, é que poderia a sentença julgar improcedente a ação de embargos de terceiro.

A nota fiscal e o testemunho do Sr. Luis se mostram suficientes para comprovar a propriedade do apelante sobre a escavadeira, cabendo salientar que não há elemento probatório contrário capaz de derruir essas provas apontadas.

Cito a jurisprudência:

> Apelação cível. Embargos de terceiro. Bem de propriedade de sócia da empresa executada. Ausência de prova de fraude à execução. Manutenção da sentença de procedência. Os embargos de terceiros tratam-se de Ação que assiste a quem é terceiro em relação a um

> processo, todavia tem seu patrimônio jurídico alcançado por atos dele originários. Assim, a discussão em tal espécie de processo cinge-se a condição de terceiro de sua parte autora e a possibilidade ou não de alcance de bem de sua titularidade por ato judicial originário de processo do qual não participa. Tratando-se de bem pertencente a sócia da empresa executada, e não comprovada a hipótese de fraude à execução, impõe-se a manutenção da sentença que julgou procedentes os embargos de terceiro (TJMG -Apelação Cível nº 1.0390.15.004960-4/001, Rel. Des. Amauri Pinto Ferreira).

Feitas, pois, as devidas considerações, dou provimento ao recurso de apelação, para reformar a sentença e julgar procedente a ação de embargos de terceiro, impondo-se a desconstituição da penhora que recaiu sobre a máquina retroescavadeira.

Considerando a reforma da sentença, reformulo a sucumbência, com condenação da parte apelada no pagamento das custas processuais, recursais e finais, e ainda no pagamento dos honorários de sucumbência que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizada.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA E ROBERTO APOLINÁRIO DE CASTRO (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO).

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

Apelação cível - Ação declaratória - Ajuizamento de diversas ações - Contratos distintos - Possibilidade - Sentença cassada

- Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, impedimento para o ajuizamento de mais de uma ação declaratória de inexistência de débito em relação ao mesmo réu, desde que relativas a contratos distintos.

- O art. 327 do CPC confere à parte a possibilidade de cumular, em um único processo, contra o mesmo réu, diversos pedidos, não se tratando, porém, de uma obrigatoriedade, podendo o Juiz de primeiro grau julgar conjuntamente as ações distribuídas separadamente.

- Sentença cassada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.239019-9/001 - Comarca de Campina Verde - Apelante: Nerci Fernandes da Rocha Moreira - Apelado: Banco BMG S.A. - Relator: DES. JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 17 de março de 2022. - *José de Carvalho Barbosa* - Relator.

Voto

DES. JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Nerci Fernandes da Rocha Moreira nos autos da "ação declaratória de nulidade/inexigibilidade de desconto em folha de pagamento", movida em face do Banco BMG S.A., perante o Juízo da Vara Única da Comarca de Campina Verde, tendo em vista a sentença anexada ao documento nº 28, que julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC, condenando a autora ao pagamento das custas processuais, suspendendo, contudo, a exigibilidade, por litigar a mesma autora sob o pálio da gratuidade judiciária.

Em suas razões recursais (documento nº 31) defende a autora, ora apelante, a reforma da decisão sustentando que pretende que seja declarada a "existência ou inexistência" de relação jurídica entre as partes, desse modo afirmando ser inegável o seu interesse processual.

Alega que os demais processos por ela ajuizados versam sobre contratos distintos, "entabulados em contextos diversos, cada qual com particularidades", afirmando que, ao contrário do que entendeu o d. sentenciante, não há de se falar em abuso de direito e nem em extinção do processo o simples fato de ela, autora, ter ajuizado outras demandas.

Tece outras considerações e cita jurisprudências em favor da tese que defende, ao final pedindo o

provimento do recurso para que a sentença seja cassada e determinado o prosseguimento do feito.

Sem preparo, que é dispensado no caso dos autos, por litigar a autora sob o pálio da gratuidade judiciária.

Contrarrazões anexadas ao documento n° 34.

É o relatório. Conheço do recurso.

Compulsando-se os autos, verifica-se que o Magistrado de primeiro grau houve por bem julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, ante a ausência de interesse processual, tendo fundamentado sua decisão no fato de o advogado da autora ter ajuizado outras ações com a mesma causa de pedir.

Confira-se, a propósito, trecho da decisão combatida:

> Lastimavelmente, alguns advogados se valem de expediente que, *concessa venia*, reputamos extremamente temerário, consubstanciado no aforamento de múltiplas ações de indenização por danos morais decorrentes do mesmo fato, buscando enriquecimento fácil.
>
> Com efeito, disseminando-se o número de ações autônomas, eleva-se a probabilidade de êxito e multiplicam-se as perspectivas indenizatórias.
>
> Na espécie, a autora sequer nega a existência dos empréstimos firmados com o banco requerido, afirmando que, caso a documentação não esteja completa, quando fornecida, o mesmo incorrerá em danos morais e materiais.
>
> Sucede que, ao invés de ajuizar 1 (uma) ação declaratória de nulidade/inexigibilidade de desconto em folha de pagamento cumulada com repetição de indébito e danos morais, o autor ajuizou 7 (sete), sendo, 5001735-06.2020.8.13.0111, 5001737-73.2020.8.13.0111, 5000973-87.2020.8.13.0111, 5001736-88.2020.8.13.0111, 5000971-20.2020.8.13.0111, 5000970-35.2020.8.13.0111 e 5000972-05.2020.8.13.0111, uma para cada contrato firmado, como se o dano moral (em tese) suportado pudesse ser objeto do fracionamento aludido.
>
> Outrossim, a mesma autora já ajuizou outras 4 (quatro) ações contra o Banco Bradesco S.A., 8 (oito) contra o Banco Itaú Consignado S.A., 3 (três) contra o Banco Inter S.A., todas com a mesma intenção de nulidade de contrato com reparação de danos. As peças iniciais são até mesmo idênticas.
>
> Com isso, o advogado que patrocina a causa promove, sem a menor cerimônia, o "fatiamento" de demandas, valendo-se de uma única procuração outorgada pelo cliente, que usualmente sequer tem noção dessa situação.

E tenho que tal decisão merece reforma.

Como bem ressaltou o d. sentenciante, as ações ajuizadas pela autora, em que pesem ter sido ajuizados contra o mesmo banco réu, referem-se a contratos distintos, sendo certo que não há no or-

denamento jurídico nenhum impedimento nesse sentido.

Cumpre ressaltar que a disposição contida no art. 327 do CPC confere à parte a possibilidade de cumular, em um único processo, contra o mesmo réu, diversos pedidos, não se tratando, porém, de uma obrigatoriedade, podendo o Juiz de primeiro grau julgar conjuntamente as ações distribuídas separadamente.

Nesse sentido já decidiu este Tribunal:

> Apelação. Obrigação de não fazer e indenização. Multiplicidade de demandas. Mesmo réu. Contratos distintos. Indeferimento da inicial. Impossibilidade. É possível o ajuizamento de ações diversas em face do mesmo réu, sem que configure abusividade da parte, se os processos tratam de contratos distintos. Não é cabível o indeferimento da inicial, se o autor decide ajuizar mais de uma demanda contra o mesmo réu, que discutem contratos diversos, por se tratar de uma faculdade da parte (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.20.034644-3/002, Rel. Des.ª Evangelina Castilho Duarte, 14ª Câmara Cível, j. em 20.08.2020, p. em 20.08.2020).

Acrescente-se que não desconhece este Relator a existência de indícios de fraudes em algumas comarcas do interior do estado de Minas Gerais.

Esse fato, porém, não autoriza o julgador a extinguir o processo, sem resolução de mérito, pois tal medida não encontra respaldo na legislação processual e, inclusive, atrita-se com os princípios da economia e da celeridade processuais, sendo certo que, diante daqueles indícios de fraude, é possível ao magistrado encontrar outras formas de coibi-los.

Descabida se mostra, pois, a extinção do processo, sem resolução de mérito, com fulcro no art. 485, VI, do CPC.

Ressalto não ser o caso de aplicação do art. 1.013, § 3º, do CPC, posto que o processo ainda não se encontra maduro o suficiente para o julgamento imediato.

Com tais considerações, dou provimento à apelação para cassar a sentença recorrida e determinar o retorno dos autos à comarca de origem, para que o feito tenha regular prosseguimento.

Custas e honorários ao final.

DES. FERRARA MARCOLINO - De acordo com o Relator

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Ressalvado entendimento pessoal, acompanho o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Apelação - Ação indenizatória - Teoria do desvio produtivo ou perda do tempo útil do consumidor - Dever de indenizar - Arbitramento do *quantum*

- A pretensão indenizatória também é legitimada em decorrência do desgaste e significativo tempo despendidos na tentativa de solução extrajudicial, face à consagrada tese do desvio produtivo ou perda de tempo útil.

- O arbitramento do dano moral deve ser realizado com moderação, em atenção à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, sem se descurar do sentido punitivo da condenação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.260885-5/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Patrícia de Barros Ribeiro - Apelado: Decolar.com LTDA. - Relator: DES. ROBERTO APOLINÁRIO DE CASTRO (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO).

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de maio de 2022. - *Roberto Apolinário de Castro* - Relator.

Voto

DES. ROBERTO APOLINÁRIO DE CASTRO (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO) - Trata-se de recurso de apelação interposto por Patrícia de Barros Ribeiro contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito investido na 4ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, por meio da qual julgou parcialmente procedentes os pedidos da ação de indenização, ajuizada contra Decolar.com LTDA., para condenar a ré a restituir o valor de R$4.316,00 (quatro mil trezentos e dezesseis reais), a título de restituição, corrigidos monetariamente (CGJ) a partir do pagamento e juros de mora de 1% (um por cento) a.m. a partir da citação.

Condenou a ré nos honorários de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Nas razões recursais, pugna pela reforma, a fim de que a demandante seja condenada a pagar indenização por danos morais, aplicando a teoria do desvio produtivo.

Nas contrarrazões (doc.49), a recorrida pugna pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Admissibilidade.

Conheço do recurso, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade. Justiça gratuita defe-

rida na sentença.

Mérito.

A pretensão indenizatória também é legitimada em decorrência do desgaste e significativo tempo despendidos na tentativa de solução extrajudicial. Nesse ínterim, a doutrina e jurisprudência pátrias têm consagrado a tese do desvio produtivo ou perda de tempo útil, suficiente, por si só, a legitimar o reconhecimento de abalo moral, segundo a qual "o desvio produtivo caracteriza-se quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências - de uma atividade necessária ou por ele preferida - para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável". (Dessaune, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor*: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011).

Nessa linha, os julgados deste eg. Tribunal de Justiça:

> Ação de indenização por dano moral. Falha na prestação de serviço. Responsabilidade código de defesa do consumidor. Dano moral puro configurado. Indenização de vida. Constrangimento que ultrapassa o mero dissabor. Teoria do desvio produtivo ou perda de tempo útil do consumidor. A situação retratada nos autos verbera, também, na esfera moral do autor, diante de estados constrangedores os quais foi submetido. A pretensão indenizatória também é legitimada em decorrência do desgaste e significativo tempo despendidos na tentativa de solução extrajudicial, face à consagrada tese do desvio produtivo ou perda de tempo útil [...] (TJMG - Apelação Cível n° 1.0180.16.005093-6/001, Rel. Des. Newton Teixeira Carvalho, 13ª Câmara Cível, j. em 14.06.2018, p. em 22.06.2018).
>
> Apelação. Ação de indenização por danos morais. Serviço de internet banda larga. Defeito. Tentativas extrajudiciais de solução da controvérsia. Abalo moral. Violação aos direitos da personalidade. Teoria do desvio produtivo ou perda de tempo útil do consumidor. 47 (quarenta e sete) reclamações perante o prestador de serviço e 11 (onze) registros frente à Anatel. A princípio, o mero inadimplemento contratual não se mostra apto a abalar a gama de direitos da personalidade do contratante lesado por uma conduta defeituosa por parte do fornecedor do serviço ou produto. A pretensão indenizatória, contudo, resta legitimada em decorrência do desgaste e significativo tempo despendidos na tentativa de solução extrajudicial do imbróglio, face à consagrada tese do desvio produtivo ou perda de tempo útil [...] (TJMG - Apelação Cível n° 1.0035.14.008445-6/001, Rel. Des. Evangelina Castilho Duarte, 14ª Câmara Cível, j. em 26.01.2017, p. em 03.02.2017).

Configurado o dano, impende examinar o arbitramento da indenização a título de danos morais.

O arbitramento econômico do dano moral muitas vezes cria situações controvertidas na doutrina e jurisprudência, em razão de o legislador pátrio ter optado, em detrimento dos sistemas tarifados, pela adoção do sistema denominado aberto, em que tal tarefa incumbe ao juiz, tendo em vista o bom-senso e determinados parâmetros de razoabilidade.

Com efeito, é imprescindível que se realize o arbitramento do dano moral com moderação, em atenção à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes. Ademais, não se pode olvidar, consoante parcela da jurisprudência pátria, acolhedora da tese punitiva acerca da responsabilidade civil, da necessidade de desestimular o ofensor a repetir o ato.

A propósito, Maria Helena Diniz ensina que:

> [...] o juiz determina, por 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 (A responsabilidade civil por dano moral. *Revista Literária de Direito*, ano II, nº 9, jan./fev. 1996. p. 9).

Nesse sentido, Caio Mário também traz lição preciosa:

> Um jogo duplo de noções: a- de um lado, a ideia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia [...]; b - de outro lado, proporcionar à vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é o *pretium doloris*, porém uma ensancha de reparação da afronta [...] (*Instituições de Direito Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense. v. II. p. 235).

Dadas as particularidades do caso em comento, dos fatos assentados pelas partes, bem como observados os princípios de moderação e da razoabilidade, considero razoável o valor da indenização por danos no importe de R$5.000,00 (cinco mil reais).

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso para condenar a requerida, ora apelada, ao pagamento da indenização por danos morais arbitrada em R$5.000,00 (cinco mil reais), corrigida a partir da publicação do acórdão e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação.

Realinhando os ônus da sucumbência, condeno a apelada ao pagamento das custas processuais e recursais, bem como dos honorários de sucumbência, incluindo os recursais, arbitrados 15% (quinze por cento) do valor da condenação (art. 85, § 8º, do CPC), na proporção de 80% (oitenta por cento) pela demandada e de 20% (vinte por cento) pela requerente, vedada a compensação e observados os benefícios da justiça gratuita atribuída a ela.

DES. FERRARA MARCOLINO - De acordo com o Relator.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Dadas as particularidades do caso e, ainda, chamando atenção para

a data da aquisição do pacote de viagem, acompanho o voto do eminente Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Compra feita pela internet - Valor abaixo de mercado - Produto não entregue - Fraude evidenciada - *Phishing* - Ausência de responsabilidade

- Demonstrado que a consumidora fora vítima de fraude, tendo efetuado o pagamento de boleto gerado por terceiro estelionatário, impõe-se o rompimento do nexo de causalidade, afastando a culpa das empresas. Tal prática é denominada "*phishing*", ocorre quando o consumidor é induzido a comprar num site falso, geralmente com produtos com preços muito abaixo do valor de mercado, como de fato ocorreu.

- Sem a comprovação do ato ilícito praticado pelas empresas, não há falar em responsabilização dessas, ensejando a aplicação da excludente de ilicitude prevista no art. 14, § 3ª, inc. II, do CDC.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0000.22.035896-4/001 - Comarca de Rio Pardo de Minas - Apelante: Magazine Luiza S.A., Paypal do Brasil Serviços de Pagamentos LTDA., Wal Mart Brasil LTDA. - Apelado: Lucilene dos Santos. - 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 AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2022. - *Marco Aurelio Ferenzini* - Relator.

Voto

DES. MARCO AURELIO FERENZINI - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de código 84, integrada pela decisão de código 109, proferida nos autos da ação ordinária ajuizada por Lucilene dos Santos em face de Magazine Luiza S.A., Paypal do Brasil Serviços de Pagamentos LTDA. e Wal Mart Brasil LTDA., na qual o Juízo de primeira instância julgou procedente, em parte, o pedido inicial, para condenar as requeridas, solidariamente, na restituição simples do valor de R$998,00 (novecentos e noventa e oito reais), acrescido de correção monetária pelos índices da tabela da Corregedoria-Geral de Justiça, desde o pagamento do boleto e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde a citação, bem como, condená-las de forma solidária ao pagamento de indenização a título de danos morais no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais), com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde o evento danoso e correção monetária desde a publicação da sentença, conforme Súmula n° 362 do STJ.

As rés foram, ainda, condenadas a arcarem com as custas processuais e os honorários de sucumbência, esses fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

A requerida, Paypal do Brasil Serviços de Pagamentos LTDA., conforme razões de código 96, rei-

tera a preliminar de ilegitimidade passiva, aduzindo que a empresa apresenta tão somente soluções para pagamento de transações online, não tendo por atividade o comércio de mercadorias de qualquer espécie.

Enfatiza que o PayPal é utilizado apenas como intermediador do pagamento entre comprador e vendedor, oferecendo ao comprador uma forma segura para pagar suas transações celebradas pela internet.

Expõe que o real beneficiário do valor de R$ 998,00 (novecentos e noventa e oito Reais), não é a apelante, mas sim a pessoa de nome Márcia Calixto, suposta fraudadora do produto em questão.

Frisa que o erro foi da própria recorrida, de modo que efetuou o pagamento de um boleto por meio de um site falso.

Reitera que não praticou qualquer ilícito e não fez parte do ato, haja vista que o pagamento foi direto para a conta de terceira pessoa.

Defende ausência de prática de ato ilícito, sendo que a situação dos autos decorreu de culpa da exclusiva da consumidora e de terceiro.

Sustenta que a apelada não observou os procedimentos de segurança para a realização de compras pela internet, o que afasta a condenação da ora apelante, diante da ausência de prática de ato ilícito e nexo causal entre a suposta conduta da apelada e seu efetivo prejuízo patrimonial.

Ainda, no que tange aos danos morais, defende o indeferimento do pedido, ou ao menos a sua redução a patamares condizentes com o caso concreto, considerando que o recorrente não deu motivo a ocorrência dos alegados danos e o pequeno valor que se discute nesta demanda.

Requer ao final seja conhecido o recurso, dando-lhe provimento a fim de reformar a sentença de origem, com resolução do mérito, em face da ausência de ilícito praticado, ou, caso não seja esse o entendimento, improcedentes os pedidos formulados pela apelada.

No recurso apresentado por Wal Mart Brasil LTDA. (código 114) a recorrente reitera a preliminar de ilegitimidade passiva.

Expõe que se trata de ação em que a parte autora pretende obter reparação por danos morais e restituição do valor pago pelo bem, sendo que houve compra em site fraudulento, em golpe perpetrado por terceiros e conhecido como "*phishing*", não tendo qualquer relação com a ora apelante.

Expõe que não possui qualquer responsabilidade sobre o presente caso, principalmente porque a parte autora não efetuou compra por meio do website da ré - Walmart.com.br.

Dispõe que a demandada foi vítima de uma prática fraudulenta cometida por terceiros.

Sustenta que, conforme comprovante de pagamento juntado pela autora, a ora apelante ré não foi beneficiada pelo pagamento do boleto fraudulento.

Acentua que não deu causa à ausência da entrega, tampouco foi beneficiária do valor supostamente pago pela compra, pelo contrário, essa ré não possui qualquer ligação com o relatado, bem como inexiste relação de consumo entre as partes que aqui litigam, sendo imperioso destacar que o negócio jurídico não foi concretizado com essa requerida em razão da fraude ocorrida.

Insta salientar que era completamente possível a vítima ter identificado o golpe, posto que o preço ofertado pelo produto - TV digital Samsung, Smart TV 4K Led 49 NU7100 - no site fraudulento, qual seja, R$ 998,00 (novecentos e noventa e oito reais), contrasta com o preço normal do produto em outros sites de compras, o valor de R$1.991,60 (mil novecentos e um reais e sessenta centavos), o que denotaria que a apelada percebesse que se tratava de fraude, diante da discrepância do preço do bem em relação ao valor de mercado.

Saliente que não cometeu qualquer ilícito que justifique a reparação de pretendida, seja de ordem moral ou material.

Na eventualidade requer a redução do valor fixado a título de danos morais.

Por fim, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, com atribuição do efeito suspensivo, para que, reformando a sentença, sejam afastadas as condenações impostas, haja vista ter sido demonstrado nos autos a inexistência de legitimidade passiva da ora apelante e, tampouco, de responsabilidade pelos danos causados, aptos a justificar a referida indenização por danos morais e/ou materiais arbitrados.

Na eventualidade, pugna pela redução do *quantum* indenizatório por dano moral.

Por sua vez, a requerida, Magazine Luiza S.A. (código 118) assevera que as vendas realizadas pela recorrente na internet se dão por meio do site https://www.magazineluiza.com.br.

Explica que no endereço eletrônico citado, exclusivamente, o consumidor escolhe o produto e efetua a escolha do pagamento.

Expõe que nos termos do *print* juntado pela autora, ela comprou o produto em domínio distinto do da apelante, no caso utilizou-se do site LUIZAEMAGAJUNTASNISSO.COM

Assim, nos termos dos documentos, concluiu que a apelante não recebeu nenhum valor, sendo esse percebido por Paypal do Brasil Serviços S.A, além de constar nome distinto da autora como pagador,

Diante disso, frisa que não há que se falar em culpa ou dolo da recorrente, pois não agiu com negligência, restando configurada a culpa exclusiva de terceiro e da própria apelada, resta claro que a compra não ocorreu no site oficial do Magazine Luiza S.A.

Destaca, ainda que o valor ofertado pela TV à autora é facilmente perceptível que não corresponde com o valor de mercado, não sendo possível o consumidor se valer da vulnerabilidade legal, sob pena de enriquecimento sem causa.

Acentua que a situação narrada nos autos ensejou apenas aborrecimentos pelo que não há que se falar em obrigação de indenizar.

E, mesmo que se pudesse reconhecer a culpa da apelante, o valor da indenização estipulado na sentença não corresponde ao dano moral alegado, uma vez que a autora não adquiriu nenhum produto com a apelante e, por fim, expõe que, mesmo que seja reconhecida a ocorrência de dano moral indenizado, deve-se excluir a aplicação da Súmula nº 54 do STJ.

Pugna pela reforma da sentença para afastar a condenação da apelante ao dever de restituir qualquer valor à autora e ao pagamento de indenização por dano moral, com a consequente condenação da apelada ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, na forma da lei.

Subsidiariamente, se não entender pelo afastamento da condenação da apelante ao pagamento de indenização por dano moral, requer seja o valor da indenização estipulado de forma a não perpetuar a injustiça e o enriquecimento sem causa. Além da modificação do marco inicial da incidência de juros de mora, afastando a aplicabilidade da Súmula nº 54 do STJ.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso (cód. 122 a 125). É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Sentença proferida em 20.05.2021 (cód. 84), sendo interpostos embargos de declaração, com ciência da decisão (109) pelas partes apelantes em 09.09.2021 (Wal Mart) e 20.09.2021 (Magazine e PayPal), sendo interpostos recurso de apelação em 02.06.2021 (cód. 96) por PayPal, com preparo (cód. 97/98), em 16.09.2021 por Wal Mart (cód. 114), com respectivo preparo (cód. 115/116) e em 11.10.2021 (cód. 118) por Magazine, com respectivo preparo (cód. 119/120).

Conheço dos recursos por presentes os requisitos para sua admissibilidade e recebo-os com atribuição de efeito suspensivo, nos termos do art. 1012 do CPC.

Mérito.

Os recursos serão apreciados conjuntamente e as preliminares de ilegitimidade passiva suscitadas pelas apelantes confundem-se com o mérito e com ele serão apreciadas.

Depreende-se dos autos que a autora/apelada alegou que, em 10.05.2019, efetuou a compra de uma Smart TV Samsung, por meio de boleto bancário, no montante de R$998,00 (novecentos e noventa e oito reais), por meio do suposto site da requerida Magazine Luiza, não sendo entregue o produto.

Asseverou que procurou a requerida Magazine Luiza, sendo por essa informada da inexistência de compra e possibilidade de ter sido vítima de fraude, razão pela qual ingressou com a presente ação requerendo a restituição dos valores pagos e indenização por danos morais.

Sobreveio sentença que julgou procedente, em parte, o pedido inicial, para condenar as requeridas/apelantes de forma solidária na devolução de forma simples do valor despendido com a compra do

produto na quantia de R$998,00 (novecentos e noventa e oito reais), bem como ao pagamento de indenização a título de danos morais no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais).

Pois bem.

A controvérsia cinge-se em verificar a responsabilidade das apelantes em proceder à restituição da quantia paga pela autora/apelada, bem como à indenização por danos morais, em razão de sua compra de produto efetuada pela internet, o qual não fora entregue.

O que se depreende é que a venda não fora realizada pelas apelantes, sendo que a requerida Magazine Luiza S.A. teve seu site copiado de forma fraudulenta e com formato distinto, a fim de enganar os autores.

Ainda, a requerida Wal Mart Brasil LTDA. apenas teve apontado seu CNPJ no boleto e a PayPal apenas atuou na condição de intermediador do pagamento de compras pela internet, sendo o valor repassado à terceiro que se utilizou da plataforma.

No caso, restou evidente que a autora fora vítima de fraude, tendo pago boleto gerado por terceiro estelionatário. Essa prática, conhecida por "*phishing*", ocorre quando o consumidor é induzido a comprar num site falso, geralmente com produtos com preços muito abaixo do valor de mercado, como de fato ocorreu.

Assim, era completamente possível a vítima ter identificado o golpe, posto que o preço ofertado pelo produto - TV digital Samsung, Smart TV 4K LED 49 NU7100 - no site fraudulento, qual seja, R$ 998,00, contrasta com o preço normal do produto em outros sites de compras, o valor de R$1.991,60, o que denotaria que a apelada percebesse que se tratava de fraude, diante da discrepância do preço do bem em relação ao valor de mercado. Ainda, as vendas realizadas pela Magazine Luiza na internet acontecem por meio do site https://www.magazineluiza.com.br e, conforme *print* juntado pela autora, ela comprou o produto em domínio distinto do da apelante, no caso utilizou-se do site LUIZAEMAGAJUNTASNISSO.COM

Nesse caso, a fraude ocorreu em razão de o consumidor não ter agido com a devida cautela.

Nesse sentido:

> Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Compra pela internet. Fraude. Ausência de participação da instituição financeira requerida. Culpa exclusiva do consumidor e de terceiro. Ausência de responsabilidade da requerida. Improcedência mantida. - Tratando-se de relação de consumo, a responsabilidade da parte apelada é objetiva, dispensando a comprovação de culpa, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. - De acordo com o art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade é excluída em caso de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. - São públicos e notórios os cuidados exigidos na realização de transações financeiras pela internet, cabendo ao consumidor agir de forma diligente para resguardar-se da atuação de fraudadores. - Se o requerente realiza pagamento induzido a erro por terceiros falsários

> e sem qualquer participação da instituição financeira requerida, restando comprovada sua culpa exclusiva no evento danoso, não é cabível a responsabilização da parte requerida (TJMG - Apelação Cível n° 1.0000.21.197313-6/001, Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, 13ª Câmara Cível, j. em 02.12.2021, p. em 03.12.2021).
>
> Apelação cível. Ação de procedimento comum. Compra e venda pela internet. Fraude. Culpa exclusiva de terceiro. Repetição de indébito. Para caracterização da culpa exclusiva de terceiros, capaz de elidir a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços, é necessário que a conduta fraudulenta não guarde relação de causalidade com a atividade do fornecedor, sendo absolutamente estranha ao produto ou serviço (TJMG - Apelação Cível n° 1.0000.20.601273-4/001, Rel. Des. Habib Felippe Jabour, 12ª Câmara Cível, j. em 11.02.2021, p. em 18.02.2021).

Diante disso, sem a comprovação do ato ilícito das apelantes, não há falar em indenização por danos materiais e morais, impondo a reforma da sentença, vez que a situação dos autos enseja a aplicação da excludente de ilicitude prevista no art. 14, § 3ª, inc. II, do CDC.

Dispositivo.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido inicial, conforme fundamentos constantes deste voto.

Inverto os ônus de sucumbência e condeno a autora/apelada ao pagamento das custas processuais, inclusive recursais, bem como ao pagamento de honorários advocatícios às requeridas/apelantes, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor corrigido da causa, suspensa a exigibilidade, por ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VALDEZ LEITE MACHADO E EVANGELINA CASTILHO DUARTE.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Apelação - Indenização - Danos morais e materiais - Atropelamento - Linha férrea - Responsabilidade objetiva - Menor desacompanhado dos pais - Dever de cuidado - Ausência - Fato de terceiro

- Embora esteja prevista a responsabilidade objetiva, as empresas administradoras de ferrovias se eximem do dever de indenizar se demonstrarem a ocorrência de caso fortuito ou de força maior e, ainda, o fato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima pela ocorrência do evento danoso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0317.04.038727-4/001 - Comarca de Itabira - Apelante: Vale S.A. - Apelado: Diemerson Júnior Muniz. - Relatora: DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 12 de maio de 2022. - *Evangelina Castilho Duarte* - Relatora.

Voto

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Tratam os autos de indenização por perdas e danos proposta pelo apelado, ao argumento de ter sofrido prejuízos em decorrência de acidente provocado pela apelante.

O apelado alegou que, em 12 de junho de 1998, quando contava com apenas 3 (três) anos de idade, foi atropelado por um trem, na linha férrea administrada pela apelante.

Ressaltou que estava muito próximo ao trilho do trem, após ter passado por uma passagem alternativa criada com tábuas, colocadas acima de uma enorme valeta.

Salientou que não conseguiu se deslocar a tempo, sendo atingido pela composição, que somente tentou frear quando se encontrava muito perto.

Frisou que o acidente ocorreu por culpa da apelante, que não se preocupou em sinalizar o acesso no local do acidente, ou impedir o uso da passagem clandestina pela população local.

Enfatizou que sofreu traumatismo craniano e afundamento frontal, ocasionando-lhe retardo mental e sequelas neurológicas.

Requereu a condenação da apelante ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e estéticos.

A sentença recorrida (f. 161/165), integrada pela decisão de f. 178/179, julgou procedentes em

parte os pedidos iniciais, condenando a apelante ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), com acréscimo de correção monetária e juros de mora, ambos pela taxa SELIC, a partir do evento danoso. Condenou as partes ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em R$6.000,00 (seis mil reais), à razão de 20% (vinte por cento) pelo apelado e 80% (oitenta por cento) pela apelante.

A apelante pretende a reforma da decisão recorrida (f. 181/186) alegando que o apelado não comprovou a ausência de fiscalização e sinalização da linha férrea.

Ressalta ter restado configurada a culpa exclusiva da vítima, haja vista que uma criança de 3 (três) anos de idade jamais poderia estar desacompanhada dos pais, próxima a uma linha férrea.

Frisa que o laudo pericial concluiu que não houve incapacidade física, dano estético ou comprometimento psiquiátrico, devendo ser afastada a indenização por danos morais.

Eventualmente requer a redução do *quantum* indenizatório, com aplicação de correção monetária e juros de mora a partir da sentença, afastando-se a aplicação da taxa SELIC.

Requer provimento do apelo.

Não há contrarrazões.

Contra a sentença de f. 161/165, foram opostos embargos de declaração, cuja decisão foi publicada em 05 de maio de 2020, vindo o recurso em 20 de outubro de 2020, no prazo legal, tendo em vista a suspensão dos prazos dos processos físicos, acompanhada do preparo.

Estão presentes, portanto, os requisitos para conhecimento do recurso, que recebo em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012 do CPC/15.

A responsabilidade das empresas de estrada de ferro é objetiva, nos termos do Decreto nº 2.681/1912, que se funda na teoria do risco.

Pertinente ao tema leciona Sérgio Cavalieri Filho:

> Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a teoria do risco, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho. Risco é perigo, é problema da reparação dos acidentes de trabalho. Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então, assim, resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano (*Programa de Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 143).

Destarte, desnecessária a comprovação do elemento subjetivo da conduta da apelante pelo evento danoso, bastando a configuração do dano e do nexo de causalidade entre este e a conduta, culposa ou não.

No caso dos autos, para a verificação da responsabilidade da apelante, deve-se levar em conta:

> [...] o dano, em detrimento do dolo ou da culpa. Desse modo, para o dever de indenizar, basta o dano e o nexo causal, prescindindo-se da prova da culpa (Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Responsabilidade Civil. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 4. p. 17).

Entretanto, embora esteja prevista a responsabilidade objetiva, as empresas que administram linhas férreas se eximem do dever de indenizar se demonstrarem a ocorrência de caso fortuito ou de força maior e, ainda, o fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima pela ocorrência do evento danoso.

É a lição de Rui Stoco:

> Embora a lei civil codificada não faça qualquer menção à culpa da vítima como causa excludente da responsabilidade civil, a doutrina e o trabalho pretoriano construiu a hipótese. Como ensina Aguiar Dias, a conduta da vítima como fato gerador do dano elimina a causalidade. Realmente, se a vítima contribui com ato seu na construção dos elementos do dano, o direito não se pode conservar alheio a essa circunstância. [...] Quando se verifica a culpa exclusiva da vítima, *tollitur quaestio*: inocorre indenização (*Tratado de Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 125).

Vê-se, dos elementos probatórios colhidos, que a apelante comprovou a culpa exclusiva dos pais da vítima do atropelamento.

Embora o apelado tenha alegado que atravessava uma ponte improvisada no momento do acidente, e que era comum que crianças e adolescentes brincassem às margens da ferrovia, não foi produzida qualquer prova desse fato.

Por outro lado, depreende-se das fotos apresentadas pela apelante (f. 45/46) que o local é cercado e conta com uma passarela para pedestres.

Ademais, segundo o boletim de ocorrência (f. 17/18), ao verificar que a vítima se encontrava muito próxima à linha férrea, o condutor buzinou, mas o apelado não se afastou da via.

Impõe-se observar que o apelado contava com apenas 3 (três) anos de idade à época do acidente, sendo patente que seus genitores não cumpriram o dever de guarda e cuidado que lhes é legalmente imputado, expondo a criança a situação de extremo risco.

Ressalte-se que restou incontroverso que o apelado, criança em tenra idade, encontrava-se desacompanhado no momento do acidente, o qual certamente não teria ocorrido caso a vítima estivesse sob os cuidados de seus genitores.

No caso, não há qualquer indício da falha da apelante quanto à fiscalização e segurança da linha férrea, não tendo o apelado comprovado que as margens da ferrovia eram comumente utilizadas pela população local.

Ora, o simples fato de ser aplicável a teoria da responsabilidade objetiva não implica a atribuição automática do dever de indenizar, sendo necessária a comprovação induvidosa do dano e do nexo de causalidade entre esse e a conduta, permitindo-se, ainda, que o imputado prove as circunstâncias de isenção de responsabilidade.

Dispensa-se, tão-somente, a verificação da culpa.

Está demonstrado que a vítima foi colocada em situação de risco por estar no local do acidente sem a companhia dos seus pais, impondo-se concluir que a negligência dos genitores foi o fato gerador do dano, estando, pois, excluído o nexo de causalidade entre a conduta da recorrente e o dano verificado.

Ausente um dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, qual seja, o nexo de causalidade, deve-se reconhecer a improcedência do pedido inicial.

Diante do exposto, dou provimento à apelação apresentada por Vale S.A., julgando improcedente o pedido inicial, condenando Diemerson Júnior Muniz ao pagamento de custas, incluídas as recursais, e honorários advocatícios, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já considerada a majoração prevista no art. 85, § 11, CPC/15, suspensa a exigibilidade, por estar amparado pela justiça gratuita.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES CLÁUDIA MAIA E ESTEVÃO LUCCHESI.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de obrigação de fazer - Infrigência do Art. 1.022, I E II, do CPC - Ausência de prestação jurisdicional - Preliminar rejeitada - Rede social *Facebook* - Perfil falso com conteúdo ofensivo e difamatório - Fornecimento de dados indisponíveis - Impossibilidade – Art. 248 do código do Código Civil - Recurso provido

- Estando devidamente fundamentada a decisão que rejeitou os embargos de declaração, não há que se alar em ofensa ao art. 1.022 do CPC.
- Tendo o Juiz a quo indicado os motivos que formaram o seu convencimento, de forma clara e inequívoca, não há que se falar em falta de fundamentação, nem em ausência de prestação jurisdicional.

- A Lei n° 12.965/2014 determina que o provedor mantenha os registros de acesso às aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, durante o período de seis meses.

- Se, na época dos fatos narrados na petição inicial, não existia imposição legal ou judicial que impusesse ao provedor o armazenamento dos dados referentes aos usuários responsáveis pela criação de perfis em sua plataforma, torna impossível o seu fornecimento, nos termos do art. 248 do Código Civil, devendo ser julgado improcedente o pedido de obrigação de fazer.

Apelação Cível nº 1.0000.22.042973-2/001 - Comarca de Belo Horizonte – Apelante: Facebook Servicos Online do Brasil LTDA. - Apelado: Josiene Barbosa de Araujo. – Relator: Valdez Leite Machado.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em rejeitar preliminar e dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 30 de maio de 2022. - *Valdez Leite Machado* – Relator.

Voto

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., contra a sentença de ordem 46 integrada pela decisão de ordem 56, proferida pelo MM. Juiz da 15ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte que, nos autos da ação de obrigação de fazer, ajuizada por Josiene Barbosa de Araújo, julgou parcialmente procedente o pedido, determinando ao réu que, no prazo de 15 dias, forneça os dados cadastrais do usuário informado nos autos a indicação do IP do computador de criação do perfil "https://www.instagram.com/bruninha19099", condicionado à indicação/fornecimento da URL do respectivo perfil, se for o caso.

Consubstanciando o seu inconformismo nas razões de ordem 56, o réu busca a reforma do *decisum*, alegando, preliminarmente, a infringência do art. 1.022, I e II, do CPC e a ausência de prestação jurisdicional, ao fundamento de que, opostos embargos de declaração, estes foram julgados sem a devida análise, de forma genérica, culminando da falta de fundamentação da sentença.

Afirma que, visando o cumprimento da determinação judicial, bem como em demonstração da sua boa-fé, procurou pela *Meta Platforms* (o provedor de aplicações do *Facebook*), que lhe informou não ter encontrado os dados associados à conta "@bruninha19099", sustentada pela URL "https://www.instagram.com/bruninha19099", na plataforma *Instagram*, o que impossibilita o cumprimento da obrigação que lhe foi imposta, conforme documento que anexo ao recurso.

Ressalta que não existe mais o dever de armazenamento dos dados da conta "@bruninha19099", na plataforma *Instagram*, vez que fora permanentemente deletada em prazo superior à sua obrigação de armazenamento de dados, que é de 6 (seis) meses, a teor do art. 15 do Marco Civil da Internet.

Destaca que, conforme narrado na inicial, as mensagens ofensivas foram escritas em 2019, ou seja, há quase três anos, não tendo havido, à época, qualquer determinação judicial impondo-lhe o fornecimento e/ou a preservação dos dados das contas indicadas na petição inicial.

Sustenta, ainda, que a determinação de fornecimento deve se limitar aos dados cadastrais e eventuais registros de acesso, qual seja o registro do IP do computador responsável pela criação das contas.

Pretende, assim, que a obrigação seja considerada resolvida, sem culpa do apelante, nos termos do art. 248 do Código Civil.

Alternativamente, requer seja a obrigação convertida em perdas e danos, desde que devidamente comprovados.

Requer o provimento do recurso.

A autora não apresentou contrarrazões.

É o relatório, em resumo.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O apelante afirma que a decisão que rejeitou os embargos de declaração infringe o art. 1.022 do CPC, posto que desprovida de fundamentação.

Não tem razão o apelante, eis que a referida decisão está suficientemente fundamentada, cumprindo ressaltar que a oposição dos embargos de declaração não deve se basear em equivocada arguição de omissão ou contradição visando exclusivamente o reexame da matéria impugnada.

Quanto à sentença, também não há que se falar em ausência de prestação jurisdicional, visto que se extraem claramente os motivos de decidir, assegurada, assim, a ampla defesa.

Certo é que somente se verifica a nulidade da sentença com a ausência completa dos fundamentos, que levam o julgador a formar seu convencimento, porquanto o legislador não exige que a decisão seja extensivamente fundamentada, sendo válida a sua fundamentação de forma sucinta.

Na hipótese, o Magistrado de origem expôs claramente os motivos que o levaram a julgar parcialmente procedente o pedido, não estando ele obrigado a rebater um por um os argumentos das partes, contanto que encontre fundamentos para amparar a sua decisão, o que no caso foi atendido.

Deste modo, indicando o Juiz *a quo* os motivos que formaram o seu livre convencimento, de forma clara e inequívoca, não existe a alegada falta de fundamentação, nem negativa de prestação jurisdicional, pelo que rejeito a preliminar.

Adentrando no mérito, observo que a autora ajuizou a presente ação alegando que, em 25.10.2019, começou a receber mensagens e, posteriormente, ligações (que não foram aceitas), através do *direct* da sua conta do *Instagram*, do perfil identificado como "@bruninha19099", com o nítido intuito de causar danos à sua integridade física e moral, situação que durou quase dois meses.

Pretende, então, seja determinado ao réu o fornecimento das informações relativas ao usuário "@ bruninha190099", constantes em seus registros, capazes de auxiliar na identificação do usuário, incluindo os dados cadastrais e registros de acessos (números de IP, com datas e horários, a partir de 25.10.2019).

O pedido foi julgado parcialmente procedente, com a determinação ao réu que, no prazo de 15 dias, forneça os dados cadastrais do usuário informado nos autos e a indicação do IP do computador de criação do perfil "https://www.instagram.com/bruninha19099", condicionado à indicação/ fornecimento da URL do respectivo perfil, se for o caso.

A meu ver, o recurso merece prosperar.

Registro, inicialmente, que, apesar de a ação ter sido nominada como "ação de danos morais", trata-se, na verdade de pretensão de obrigação de fazer, haja vista o objeto do pedido.

A controvérsia cinge-se em analisar a obrigação de fazer imposta na sentença, autorizando a quebra de sigilo de dados pelo provedor apelante, a fim de identificar o criador do perfil falso indicado na petição inicial.

Conforme narrado na inicial, o conteúdo difamatório alegado foi publicado a partir de 25.10.2019, perdurando por aproximadamente dois meses, quando a autora informou à pessoa suspeita da autoria das mensagens sobre o registro da situação na delegacia.

Não consta dos autos que, à época dos fatos, existisse determinação judicial no sentido de compelir o apelante a armazenar e/ou fornecer os dados do usuário responsável pela criação do perfil através do qual foram publicadas as ofensas à apelada.

Da mesma forma, durante o trâmite da presente ação, não foi proferida qualquer decisão judicial determinando a preservação desses dados.

Ressalto, ainda, que a sentença hostilizada foi publicada em dezembro de 2021, depois de transcorridos mais de dois anos após a remoção do perfil difamatório.

Por sua vez, o apelante se desincumbiu do ônus de provar a indisponibilidade dos dados cuja apresentação foi determinada na sentença, através do documento de ordem 59.

Saliento que o réu não estava obrigado a fornecer extrajudicialmente dados pessoais dos responsáveis pelas publicações, sob pena de afronta ao disposto no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

Neste sentido é o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça de que o provedor somente é obrigado a fornecer os dados dos seus usuários mediante ordem judicial, considerando a proteção constitucional ao sigilo.

Com efeito, o Marco Civil da Internet - Lei nº 12.965/2014, aplicável à espécie, disciplina o tema em seu art. 15:

> Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento. [...]
>
> § 3º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.
>
> § 4º Na aplicação de sanções pelo descumprimento ao disposto neste artigo, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência.

Acerca do prazo para manutenção dos registros de acesso às aplicações de internet, a Lei acima mencionada determina que o provedor mantenha os respectivos registros, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, durante o período de 6 (seis) meses.

Transcorrido esse prazo, não existe obrigação legal de armazenamento do conteúdo.

A propósito, o posicionamento recentemente firmado pelo STJ, é no sentido de que "a definição de um prazo de guarda demonstra a preocupação do legislador em proteger a intimidade do usuário e assegurar o sigilo dos dados". O acórdão restou assim ementado:

> Civil. Recurso Especial. Ação de Obrigação de Fazer. Fornecimento de Registros de Acesso a Aplicações. Marco Civil da Internet. Prequestionamento. Ausência em Parte. Prazo de Guarda dos Registros. Requerimento Intempestivo. Quebra de Sigilo. Necessidade de Preenchimento dos Requisitos legais. 1. Ação de obrigação de fazer ajuizada em 10.01.2017, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 12.06.2019 e atribuído ao gabinete em 19.08.2020. 2. O propósito recursal é definir se, na hipótese dos

> autos, as recorridas podem ser obrigadas a fornecer os dados de registros de acesso solicitados pela recorrente. 3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. 4. Caracteriza-se provedor de aplicação de internet todo aquele que oferece um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet. Por sua vez, os registros de acesso a aplicações são definidos como o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP. 5. O registro representa um fato ocorrido e a análise do seu conteúdo pode conduzir o examinador a uma determinada pessoa. Está, assim, intimamente ligado à esfera privada do indivíduo, de modo que o seu armazenamento representa um risco à privacidade dos usuários. 6. Como forma de conferir efetiva proteção aos registros de acesso a aplicações, o art. 15 da Lei nº 12.965/2014 determina que eles sejam armazenados pelo período de apenas 6 (seis) meses. A definição de um prazo de guarda demonstra a preocupação do legislador em proteger a intimidade do usuário e assegurar o sigilo dos dados. 7. A quebra do sigilo dos registros de acesso a aplicações de internet somente pode ocorrer por determinação judicial e, para que seja possível ao juiz determinar o fornecimento desses dados, é necessário que, além dos requisitos exigidos pela legislação processual, estejam satisfeitos os pressupostos elencados no art. 22 do Marco Civil da Internet. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido (REsp nº 1850875/SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 23.02.2021, *DJe* de 01.03.2021).

Na mesma linha de raciocínio, o voto proferido pela eminente Ministra Nancy Andrighi, na ocasião do julgamento acima indicado, REsp nº 1850875/SP:

> 13. Como forma de conferir efetiva proteção, especificamente, aos registros de acesso a aplicações e, assim, minimizar a restrição à garantia da intimidade e proteção dos dados, o art. 15 da Lei nº 12.965/2014 determina que eles sejam armazenados pelo período de apenas 6 (seis) meses. Esse prazo tem como termo inicial o 'evento que gerou os registros' (JESUS, Damásio de. Marco Civil da Internet: comentários à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. *E-book*. São Paulo: Saraiva, 2014). Mas, como já decidiu esta Turma, 'uma vez ciente do ajuizamento da ação e da pretensão nela contida - de obtenção dos dados de um determinado usuário - estando a questão sub judice, o mínimo de bom senso e prudência sugerem a iniciativa do provedor de conteúdo no sentido de evitar que essas informações se percam' (REsp nº 1417641/RJ, 3ª Turma, *DJe* de 10.03.2014). 14. Apesar da reconhecida importância que a preservação desses registros assume na identificação da autoria de ilícitos praticados na internet, a definição de um prazo de guarda demonstra a preocupação do legislador em proteger a intimidade do usuário e assegurar o sigilo dos dados. 15. Diante do prazo exíguo instituído pelo legislador, há quem chame a atenção para o fato de que, caso a pretensão tenha origem em um serviço prestado por meio da internet e a prova capaz de embasá-la dependa de um registro de acesso à aplicação, a parte precisará agir de modo a agilizar a condução do processo (NORI, Fabio. A guarda dos registros de conexão e dos registros de acesso às aplicações no Marco Civil. *In*: Direito & Internet III: Marco Civil da Internet. Tomo II. DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, ADALBERTO; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: *Quartier Latin*, 2015, p. 185).

In casu, o réu somente tomou conhecimento desta ação em outubro de 2020 (ordem 33-34), enquanto o conteúdo reputado ofensivo fora publicado entre outubro e dezembro de 2019, como narrado na petição inicial.

Portanto, decorreu prazo superior ao de seis meses, previsto no art. 15, *caput*, da Lei nº 12.965/2014.

Repito que a disponibilização dos registros de acesso deverá ser sempre precedida de autorização judicial e que, na hipótese dos autos, não foi concedida liminar à parte autora ao tempo da propositura desta ação.

É certo que a parte autora não procedeu de modo a agilizar a condução do processo, pois, quando da citação, não existia mais a obrigação de preservação dos registros de acesso à aplicação requerida.

O conhecimento do réu sobre a pretensão autoral, quanto à obtenção dos dados do usuário informado, ocorreu de forma tardia. Dessa forma, não é razoável imputar ao réu sanções pela impossibilidade de cumprimento da determinação judicial exarada na sentença primeva.

Assim, a obrigação determinada em sentença é impossível, não existindo culpa do apelante, diante do transcurso do lapso temporal para a guarda dos dados.

Neste sentido, é o entendimento deste Tribunal:

> Apelação Cível. Ação de Obrigação de Fazer. Legitimidade Passiva. Interesse de Agir. Divulgação de Foto Íntima. Remoção de Conteúdo e Identificação Usuários. Impossibilidade de Cumprimento. Guarda de Registros de Acesso a Aplicações da Internet. Prazo Legal Decorrido. Dano Moral. Reparação Indevida. 1 - A legitimidade passiva ad causam cabe a quem se dirige a pretensão e que a ela opõe resistência. Não se confunde, portanto, a legitimação para a ação com a procedência do pedido, questão a ser aferida no julgamento do mérito. 2 - O interesse de agir ou interesse processual surge da necessidade da parte obter através do processo a proteção ao seu interesse substancial, pois a Constituição Federal consagra a garantia de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. 3 - A opção do provedor de aplicações de internet por não guardar os registros de acesso a aplicações de internet depois de decorrido o prazo legal não implica responsabilidade sobre danos decorrentes do uso desses serviços por terceiros. 4 - O art. 21 da Lei nº 12.965/14, estabelece que "o provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo" (TJMG - Apelação Cível nº 1.0521.16.010266-6/001, Relator: Des. José Flávio de Almeida, 12ª Câmara Cível, j. em 20.02.2019, p. em 28.02.2019).

Sendo assim, diante da impossibilidade de cumprimento da ordem judicial, sem culpa do réu, deve ser resolvida a obrigação, a teor do art. 248 do Código Civil: "Art. 248. Se a prestação do fato tor-

nar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos".

Diante do exposto, rejeito a preliminar suscitada, e, no mérito, dou provimento ao recurso, para, modificando a sentença, julgar improcedente o pedido inicial.

Condeno a autora no pagamento das custas e dos honorários advocatícios de sucumbência, inclusive recursais, fixados os últimos em 15% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, §§ 1º, 2º e 11, do CPC, ressalvado o disposto no art. 98, § 3º, do CPC.

Votaram de acordo com o Relator as Desembargadoras Cláudia Maia e Evangelina Castilho Duarte.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de extinção de condomínio - Imóvel locado a terceiros - Alugueis - Bens móveis - Partilha - Não cabimento - Edificação - Alienação do bem - Possibilidade

- Em se tratando de copropriedade, enquanto não extinto o condomínio, todos os condôminos têm direito aos frutos.

- É facultado a um dos condôminos exigir do outro, que estiver na posse e uso exclusivo do imóvel, parcela correspondente à sua quota-parte dos frutos.

- Não se há falar em partilha dos bens móveis, ainda que guarneçam o imóvel em comum, quando adquiridos em nome da sociedade empresarial locatária.

- É devida a partilha proporcional do valor das edificações realizadas no imóvel quando construídas conjuntamente pelos coproprietários, na proporção do que cada um deles gastou.

- Não comprovado o embaraço na alienação do imóvel em comum, não se há falar em desocupação compulsória do locatário antes de findo o contrato de locação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0481.12.002518-6/001 - Comarca de Patrocínio - Apelante: Jair Antonio de Souza – Apelante Adesiva: Márcia Luzia das Dores Horácio - Apelado: Márcia Luzia das Dores Horácio, Jair Antonio de Souza. - Relator: JOEMILSON LOPES (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO).

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, À APELAÇÃO PRINCIPAL E À ADESIVA.

Belo Horizonte, 7 de abril de 2022. - *Joemilson Lopes* - Relator.

Voto

JD. CONVOCADO JOEMILSON LOPES - Jair Antonio de Souza ajuizou ação de extinção de condomínio c.c. indenização por danos materiais contra Márcia Luzia das Dores Horácio.

Após regular trâmite do feito, sobreveio a sentença recorrida que julgou procedentes os pedidos, nos seguintes termos (ordem 17):

> *Ex positis*, julgo o mérito da presente demanda com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, NCPC para declarar procedente a pretensão do autor declarando a extinção do condomínio exercido com a requerida sobre o imóvel urbano descrito na inicial, conforme certidão, imobiliária de f. 14 e sobre a construção ali existente, conforme certidão de

f. 174.

Declaro também procedente a pretensão do autor em alienar judicialmente o bem acima mencionado determinando que o mesmo seja alienado mediante a observância do art. 730 do NCPC.

Tendo em vista a sucumbência recíproca condeno ambas partes nas custas, *pro rata*.

Tendo em vista a sucumbência recíproca condeno a parte autora a pagar honorários de sucumbência à requerida à razão de 10% (dez por cento) do valor da alienação dos bens em condomínio.

Tendo em vista a sucumbência recíproca condeno a parte requerida a pagar honorários de sucumbência ao autor à razão de 10% (dez por cento) do valor da alienação dos bens em condomínio.

Suspendo a exigibilidade das rubricas acima em face da concessão da justiça gratuita a ambas partes (art. 98, parágrafo terceiro NCPC).

A ré aviou embargos declaratórios, os quais foram rejeitados (ordens 20 e 23).

O autor apela (ordem 19). Nas razões recursais, pede seja conhecido e provido o agravo retido interposto (ordem 9) contra a decisão interlocutória que extinguiu o feito sem resolução do mérito em relação ao pedido de alugueis e que afastou a comunhão dos bens móveis (ordem 7). Aduz que o condômino que usufrui exclusivamente do bem em comum deve pagar alugueis aos demais condôminos, ressaltando que a apelada pagava alugueis, devendo tal obrigação permanecer.

Argumenta a necessidade de haver ordem de desocupação do imóvel, com fixação de multa.

Por fim, em relação aos bens móveis que guarnecem o imóvel, diz que o juiz, a despeito de ter reconhecido como dele a propriedade, deixou de declarar isso, o que deve ser feito, sob pena de configurar enriquecimento sem causa da parte contrária.

Pede o provimento do recurso.

A ré/apelada apresentou contrarrazões à ordem 27. Na mesma oportunidade, apelou adesivamente (ordem 28). Nas razões adesivas, aduz que não se pode confundir ou supor a "existência do condomínio empresarial (diante do fato incontroverso da saída do Apelado da empresa) e das benfeitorias do imóvel que compõem o capital social da empresa". Assim, o juiz errou ao não estabelecer a diferenciação necessária e considerar a existência de condomínio sobre o imóvel e também sobre as benfeitorias.

Argumenta ser fato incontroverso a saída do autor da sociedade empresária no ano de 2002, recebendo toda a indenização, a qual tinha direito, nela já integralizadas as construções e ativos da empresa àquela época, não havendo se falar mais em copropriedade em relação à edificação.

De forma subsidiária, defende a tese de que o autor não participou da construção de sete suítes após o ano de 2002, ou seja, após a saída dele da sociedade.

Aduz, por fim, haver contradição na parte dispositiva da sentença em relação à fixação dos honorários de sucumbência.

Contrarrazões à ordem 30. Esse é o relatório.

Conheço dos recursos porque próprios e tempestivos, estando preenchidos os demais requisitos de admissibilidade.

Passo a analisar as razões recursais.

Da apelação principal.

O autor narrou, na petição inicial, que ele e a ré são proprietários, na proporção de 50% (cinquenta por cento), do imóvel urbano descrito na inicial. Através de esforço mútuo, fizeram a edificação de uma estrutura consistente em "11 (onze) suítes com garagem privativa, escritório, lavanderia, e todos os móveis necessários ao estabelecimento comercial, com área construída total de 684,78m² (seiscentos e oitenta e quatro vírgula setenta e oito metros quadrados)".

Também adquiriram, de forma conjunta, diversos bens móveis como "televisores, equipamentos de rádio, camas e roupas de cama, aparelhos de ar condicionado".

Em agosto de 2000, constituíram uma sociedade empresária Horácio e Souza LTDA., para exploração das atividades comerciais exercidas no imóvel, a qual sempre foi administrada exclusivamente pela ré. Em 2002, o autor desligou-se do quadro societário da empresa permanecendo o condomínio sobre o imóvel, edificação e bens móveis adquiridos em esforço comum.

Disse, ainda, que a ré pagou aluguel no valor de R$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) pela utilização exclusiva do imóvel desde a saída dele da sociedade até meados do ano de 2010.

Do agravo retido.

Do aluguel e seu valor.

O autor defende que tem direito ao recebimento de aluguel desde meados de 2010, pelo uso exclusivo do imóvel pela ré, indicando como valor de mercado pela locação a quantia de R$3.000,00 (três mil reais).

Na decisão de ordem 7, o MM. Juiz *a quo* afastou a pretensão de fixação de alugueis sob os seguintes fundamentos:

> Quanto à pretensão do autor de se ver ressarcido dos alugueres que deveriam ser pagos pela requerida Marcia Luzia entendo que se trata de cumulação de ações.
>
> Observo que o autor admite a constituição da empresa Horácio e Souza LTDA. em 2000 para explorar o prédio que está sobre o seu terreno, empresa esta da qual era sócio e da qual posteriormente foi demissionário em 2002.

> Há nos autos um contrato de locação (f. 17/18) onde constam como locadores o autor e a ré e como locatária a empresa mencionada.
>
> Ora, se o autor da ação pretende ser ver ressarcido dos alugueres que a empresa, que era quem utilizava do prédio na condição de locatária, deveria ter incluído no polo passivo tal empresa porque a requerida Marcia Luzia não pode responder pelos alugueres daquele prédio porque não utilizava aquele prédio na condição de pessoa física.
>
> Neste ponto, isto é, quanto à pretensão do autor para se ver ressarcido dos alugueres desde 2010 extingo a ação por ilegitimidade passiva da requerida Marcia Luzia.

Em se tratando de copropriedade, enquanto não extinto o condomínio, todos os condôminos têm direito aos frutos.

Por conseguinte, é facultado a um dos condôminos exigir do outro, que estiver na posse e uso exclusivo do imóvel, parcela correspondente a sua quota-parte.

Sendo assim, no caso em questão, é devido ao autor o valor equivalente a 50% (cinquenta por cento) dos alugueis pagos pela sociedade empresarial locatária, reputando-se tais valores pagos diretamente à ré/locadora, eis que vem usufruindo exclusivamente do imóvel e recebendo os frutos provenientes da administração dele.

Quanto a este ponto, de se asseverar, ainda, que a ré não fez prova alguma do repasse da quota parte devida ao autor. Deixou de apresentar, nesse sentido, recibos comprovando o repasse do valor devido a ele.

Em relação ao valor do aluguel, o autor alega que o último aluguel pago foi no valor de R$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) e que, atualmente, a locação valeria em torno de R$3.000,00 (três mil reais). Contudo, deixou de apresentar documentos comprobatórios de sua alegação sendo que, nos termos do contrato de locação firmado em agosto de 2000 (f. 18/19, documento único), convencionou-se o valor de R$151,00 (cento e cinquenta e um reais) correspondente a um salário mínimo vigente à época.

Desta feita, dá-se parcial provimento ao agravo retido declarando-se que o autor tem direito ao recebimento de 50% (cinquenta por cento) dos alugueis pagos à ré cujos valores deverão ser apurados em liquidação de sentença, não podendo ser reconhecido o valor pretendido pelo autor.

Dos bens móveis.

Quanto à pretensão do autor de se ver ressarcido pelo valor dos bens móveis que guarnecem o prédio da sociedade empresarial, melhor sorte não lhe assiste.

Conforme muito bem ponderado na sentença, os bens móveis foram adquiridos para funcionamento do empreendimento do qual o autor era sócio fundador, ou seja, a aquisição desses bens móveis deu-se em razão das atividades da sociedade, integralizando o capital social dela.

Como dito, o autor e a ré constituíram a sociedade sendo que, após dois anos, ele se desvinculou do quadro societário, vendendo sua quota parte e todos os direitos e obrigações dela decorrentes ao Sr. Sebastião Horácio, pai da ré, dando plena e geral quitação.

Em relação, pois, ao ativo, direitos e obrigações relacionados à sociedade empresária, o autor nada tem a reivindicar da ré devendo, se for o caso, redirecionar sua pretensão à sociedade empresária, uma vez que os bens móveis que guarnecem o empreendimento não fazem parte do terreno, este sim, objeto de copropriedade.

Da ordem de desocupação.

O autor pretende seja determinada ordem imediata de desocupação do imóvel, com fixação de multa.

Não é o caso. Inexistem elementos concretos que denotem a impossibilidade ou dificuldade na alienação do imóvel pelo fato de estar sendo utilizado pela ré, ainda que de forma indireta, eis que locado para terceiros.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

> Apelação cível. Ação de extinção de condomínio. Desocupação do imóvel. Impossibilidade. Litigância de má-fé do patrono. Inadequação da via eleita. - Com a abertura da sucessão, a herança é transmitida aos herdeiros, tanto a posse como a propriedade, como um todo unitário sendo indivisível até a partilha. - O objeto desta lide é um bem indivisível pela impossibilidade material e legal, sendo as partes proprietárias de parte ideal do imóvel, configurando assim um condomínio *pro indiviso*, não podendo qualquer um dos condôminos buscar a desocupação do imóvel para nele se reintegrar exclusivamente antes de resolvida a extinção do condomínio pela venda do bem. Se a parte litiga de má-fé, alterando a verdade dos fatos, com o intuito de ludibriar o Juízo, cabe a sua condenação no pagamento de multa nos termos do art. 80 do CPC/15. Todavia, é descabida a condenação solidária da parte e de seu patrono, visto que este último está sujeito às normas disciplinares da OAB (TJMG - Apelação Cível nº 1.0313.11.002297-4/001, Rel. Des. Marcos Henrique Caldeira Brant, 16ª Câmara Cível, j. em 05.06.2019, p. em 14.06.2019).
>
> Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Extinção de condomínio. Imóvel arrematado. Imissão na posse. Cabimento. - Julgado procedente o pedido de extinção de condomínio e levado o imóvel para hasta pública com a arrematação perfeita e acabada por meio da expedição da respectiva carta de arrematação, correta a determinação da desocupação voluntária sob pena de imissão dos arrematantes na posse do imóvel. - Recurso conhecido e não provido (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0674.17.001155-7/001, Rel. Des. Shirley Fenzi Bertão, 11ª Câmara Cível, j. em 22.11.2017, p. em 30.11.2017).
>
> Apelação cível. Extinção de condomínio. Desocupação do imóvel. Ausência de posse injusta. Composse. - Inexistindo posse injusta sobre o bem imóvel em condomínio, não há que se cogitar em desocupação do bem cuja extinção de condomínio foi determinada. Hipótese em que o requerido já se encontrava na posse de parcela do imóvel antes mesmo da abertura da sucessão hereditária, não havendo prova de qualquer embaraço ao exer-

> cício da composse pelos demais herdeiros (TJMG - Apelação Cível nº 1.0079.12.034490-2/001, Rel. Des. Estevão Lucchesi, 14ª Câmara Cível, j. em 08.11.2013, p. da súmula em 14.11.2013).

Da apelação adesiva.

Da existência de condomínio sobre a edificação.

A ré defende inexistir condomínio sobre a edificação construída sobre o terreno. Argumenta que as edificações são benfeitorias pertencentes à sociedade empresária, sendo que o autor, ao se desligar do quadro societário, já recebeu toda a indenização devida, nela incluída o valor referente às edificações.

Razão não assiste a ré/apelante adesiva.

Seus argumentos são no sentido de se conferir à pessoa jurídica, locatária do imóvel, a propriedade das edificações. Mas não é isso que se denota dos autos.

Conforme consta no contrato de locação, autor e ré locaram à sociedade empresária Horácio e Souza LTDA., "o imóvel urbano constituído de uma construção comercial" - f. 18, documento único. Nos termos da cláusula 3, a locatária comprometeu-se a manter o imóvel locado em boas condições de higiene e limpeza, bem como a indenizar os locadores por eventuais estragos ao imóvel e suas instalações (cláusula 10).

Como se vê, a construção edificada no terreno não pertence à sociedade empresária, mas sim faz parte do próprio terreno, sendo também objeto de copropriedade entre as partes.

Isso também sobressai dos depoimentos prestados pelas testemunhas e pela própria ré em seu depoimento pessoal. Veja-se (f. 166, documento único):

> que comprou o imóvel objeto desta ação e depois vendeu 50% (cinquenta por cento) para o autor da ação; que não se lembra ao certo quando foi feita a compra do terreno e nem a data em que vendeu para o autor; que houve um contrato escrito; que a depoente e o autor construíram 10 (dez) suítes de um motel naquele imóvel; que a depoente e o autor compraram todo o aparato próprio de um motel : móveis, roupas de cama, frigobar, etc.; que levou uns 2 anos para construir o motel e dotá-lo de móveis; que quando começou a funcionar então a depoente e o autor dividiam os rendimentos do empreendimento; mas depois de um ano o autor disse que não queria mais explorar o negócio; que então o autor foi embora e nessa época o pai da depoente adquiriu a parte do requerido no negócio; que tem um contrato que expressa essa aquisição pelo pai da depoente da parte do negócio que pertencia ao autor da ação; que a partir daí então o negócio passou a ser tocado e dividido pela depoente e o seu pai.

Como muito bem decidido na sentença: "Não há qualquer documento nos autos que comprove o repasse regular da propriedade da construção para a titularidade da pessoa jurídica. Os documen-

tos que comprovam os gastos na construção (f. 19/50) não estão em nome da pessoa jurídica. Não foi a pessoa jurídica que construiu aquele imóvel. Verifico ainda na primeira alteração contratual da empresa - f. 15 - que o sócio admitido naquela sociedade pagou determinado valor pelas cotas que pertenciam ao autor da ação e, ainda, por todos os seus direitos e obrigações referentes a estas quotas de capital... Contudo, a menção a 'direitos e obrigações' ali não quer significar em absoluto que uma parte do prédio onde funcionava a empresa estava sendo transmitida pelo sócio demissionário ao sócio que estava sendo admitido por meio daquela alteração contratual. Aquela alteração contratual referiu-se apenas à assunção das cotas sociais da empresa e dos direitos e das obrigações societárias que esta assunção acarretava. Repito: tratava-se de assunção de direitos e obrigações que as cotas sociais acarretavam, como por exemplo, aqueles que estão previstos nos arts. 1.001 a 1009 do CCB/2003 [...]".

Ademais, os documentos apresentados juntamente com a inicial fazem prova de que o autor e ré uniram esforços na construção do edifício posteriormente locado ao Motel Paradise (nome fantasia de Horácio e Souza LTDA.).

Correta, pois, a sentença que declarou a extinção do condomínio existente entre as partes tanto em relação ao terreno, como à edificação nele construída.

Pequena correção, todavia, deve ser feita em relação à construção, acolhendo-se a tese subsidiária defendida pela ré.

É que pela prova testemunhal produzida (depoimentos de f. 168 e 169), restou claro que até o ano de 2002 haviam sido construídas apenas 10 (dez) suítes pelas partes. As outras 7 (sete) suítes foram edificadas exclusivamente pela ré e seu pai, depois que o autor se desligou da atividade empresarial.

Nesse contexto, o autor tem direito a 50% (cinquenta por cento) do valor obtido pelo terreno e pela edificação, subtraído o valor correspondente a 7 (sete) suítes.

Dos honorários de sucumbência.

A ré alega, ainda, que os honorários de sucumbência não foram arbitrados de forma equânime, uma vez que deveriam incidir sobre a quota-parte de cada um dos coproprietários e não sobre o valor total do imóvel, porque não foi esse o proveito econômico das partes.

Razão lhe assiste. Nos termos do § 2º do art. 85 do CPC, "os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa [...]".

No caso em questão, não há condenação. O proveito econômico será o valor obtido com a alienação do imóvel em comum, na proporção devida a cada parte, ou seja, 50% (cinquenta por cento) do valor do imóvel.

Assim, os honorários advocatícios de sucumbência devidos por cada uma das partes devem ser fixados em percentual a incidir sobre 50% (cinquenta por cento) do valor do imóvel.

Dispositivo.

Isto posto, dou parcial provimento ao agravo retido, à apelação principal e à adesiva para reformar em parte a sentença: a) para reconhecer que o autor tem direito a 50% (cinquenta por cento) sobre o imóvel urbano descrito na inicial, conforme certidão imobiliária de f. 14, e sobre a construção ali existente relativamente às 10 (dez) primeiras suítes construídas, conforme certidão de f. 174, com valor a ser apurado em liquidação de sentença; e b) para condenar a ré a pagar ao autor 50% (cinquenta por cento) dos alugueis recebidos da locatária do imóvel desde julho de 2010 até o trânsito em julgado desta decisão, acrescido de correção monetária desde cada vencimento e juros de mora de 1% (um por cento) a partir da citação, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.

Tendo em vista a sucumbência recíproca, condeno ambas as partes ao pagamento das respectivas custas recursais e honorários advocatícios de sucumbência à razão de 12% (doze por cento) a incidir sobre a metade do valor da alienação dos bens em condomínio, já incluída a majoração prevista no § 11 do art. 85 do CPC.

Fica suspensa a exigibilidade dos ônus de sucumbência em face da concessão da justiça gratuita a ambas as partes, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO BISPO E JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, À APELAÇÃO PRINCIPAL E À ADESIVA.

Apelação - Ação de indenização - Contrato de prestação de serviço artístico - Apresentação musical em baile de formatura - Não comparecimento - Legitimidade ativa - Propositura de ação individual pelos formandos - Denunciação da lide - Responsabilidade contratual - Danos morais - Majoração - Honorários sucumbenciais

- O fato do objeto contratado se destinar ao proveito e ao benefício dos formandos os legitima para figurar no polo ativo de lide que versa sobre falha na prestação do serviço.

- Deve ser indeferida a denunciação da lide quando a ampliação das matérias controvertidas comprometa o tempo da demanda principal, em nítido prejuízo aos autores dela.

- A denunciação da lide é facultativa e seu indeferimento não impede que o denunciante, acaso condenado na demanda principal, maneje ação buscando a repartição dos ônus contra quem considera corresponsável pelo ato ilícito assumido. Diante do caráter relativo dos contratos, como regra geral, relações jurídicas que a contratada mantenha com outros colaboradores não são capazes de excluir sua responsabilidade pelo descumprimento do contrato que celebrou. O valor da indenização por danos morais deve ser fixado considerando o grau da responsabilidade atribuída ao réu, a extensão dos danos sofridos pela vítima, bem como a condição social e econômica do ofensor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.22.018130-9/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: A. M. Alvarenga e Silva Promoções Artísticas - ME e outros - Apelado: A. M. Alvarenga e Silva Promoções Artísticas - ME, Diego Roger Borba Amaral, MF Eventos Ltda - Me, Nathalia Nunes Freitas Gomes, Paula Camila Rider Goncalves. - Relator: DES. OCTÁVIO DE ALMEIDA NEVES.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2022. - *Octávio de Almeida Neves* - Relator.

Voto

DES. OCTÁVIO DE ALMEIDA NEVES - Trata-se de apelações interpostas por A. M. Alvarenga e Silva Promoções Artísticas - ME (1ª) e por Diego Roger Borga Amaral e outros (2ª), em face da sentença de ordem 117, proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Uberaba, que, nos autos de ação de indenização, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais e julgou impro-

cedente a denunciação da lide, nos seguintes termos:

> Ante o exposto, julgo procedente o pedido com fulcro no art. 487, I, do Código de Processo Civil para condenar a requerida A. M. Alvarenga e Silva Promoções Artísticas - ME (banda Conexão Nacional) a pagar aos requerentes o valor de R$12.000,00 (doze mil reais) de danos morais a ser divididos entre os requerentes. O valor será devidamente atualizado pelos índices da CGJ do TJMG a partir da publicação da sentença e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do STJ.
>
> Considerando a sucumbência, condeno a parte requerida A. M. Alvarenga e Silva Promoções Artísticas - ME (banda Conexão Nacional) nas custas e despesas do processo bem como os honorários advocatícios estes que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2, do CPC/15.
>
> Julgo improcedentes os pedidos quanto a MF Eventos LTDA.
>
> Considerado o princípio da causalidade, condeno a parte requerida A. M. Alvarenga e Silva Promoções Artísticas - ME (banda Conexão Nacional) nos honorários advocatícios estes que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa para a litisdenunciada, nos termos do art. 85, § 2, do CPC/15.

Em suas razões recursais (ordem 129), a requerida, na qualidade de primeira apelante, alega que os documentos juntados aos autos demonstram que a MF Eventos tem legitimidade passiva. Afirma que, nas mensagens eletrônicas que foram trocadas, a MF Eventos confirma a existência de parceria entre elas, destacando que, em instrumento de transação, a denunciada reconheceu toda a responsabilidade pelo ocorrido. Assinala que o evento só foi cancelado por conta da MF Eventos. Pontua que nenhum valor lhe foi pago em razão da apresentação discutida nos autos. Assinala que os autores não têm legitimidade para demandar isoladamente, cabendo, se fosse o caso, à comissão de formatura deduzir pretensões em face dela.

Preparo regular (ordens 130/131).

Devidamente intimados, autores e litisdenunciada, a MF Eventos apresentou contrarrazões à ordem 137, oportunidade em que arguiu preliminar de não conhecimento do recurso, por ausência de dialeticidade. No mérito, pugnou pelo desprovimento do recurso.

Em seguida, à ordem 145, os autores apresentaram suas contrarrazões, ocasião em que requereram o desprovimento do recuso.

Em suas razões recursais (ordem 139), os autores, na qualidade de segundos apelantes, alegam que o valor individual dos danos morais não é capaz de reparar as lesões suportadas na extensão que tiveram. Assinalam que o descumprimento contratual pela requerida os expôs a situação vexatória, em momento sensível e importante na vida de cada um deles. Pedem que os danos morais sejam majorados. Afirmam que, no patamar em que foram estabelecidos, os honorários não remuneram

adequadamente o trabalho dos advogados.

Sem preparo, porque os autores possuem gratuidade de justiça (ordem 10).

Apesar de regularmente intimada, a requerida não apresentou contrarrazões. Por sua vez, a litisdenunciada, na petição de ordem 143, registrou que o recurso interposto pelos autores não impugna o capítulo da sentença que decidiu a denunciação da lide, consignando seu desinteresse em contrarrazoar.

É o relatório. Passo ao voto.

Preliminar de não conhecimento do primeiro recurso.

Nas contrarrazões de ordem 137, a litisdenunciada suscita preliminar de não conhecimento do primeiro recurso, por ausência de dialeticidade, argumentando que a sentença não foi impugnada de modo especificado.

Entretanto, o recurso satisfaz o ônus argumentativo de impugnação específica ao qual o segundo apelante está sujeito.

Constitui pressuposto objetivo de admissibilidade do recurso a motivação, cumprindo ao recorrente atacar os fundamentos que embasaram a decisão recorrida, apresentando seus fundamentos de fato e de direito, sob pena de não conhecimento do recurso, conforme o que determina o art. 1010, inc. II e III, do Código de Processo Civil.

Ocorre que, no presente caso, a requerida/primeira apelante apresentou as razões pelas quais entende que a sentença deve ser reformada, notadamente quando defende que ficou demonstrada a responsabilidade da denunciada pelo descumprimento contratual, pontuando ter sido ela quem cancelou o evento.

Desse modo, rejeita-se a preliminar suscitada em contrarrazões ao primeiro recurso.

Juízo de admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Mérito.

Trata-se de ação de indenização por meio da qual os autores, na qualidade de formandos e participantes da festa de formatura em engenharia civil, pretendem que a A.M. Alvarenga e Silva Promoções Artísticas - ME (banda Conexão Nacional) seja condenada a reparar os danos morais decorrentes de descumprimento contratual, notadamente do não comparecimento ao evento para o qual foram contratados.

Na inicial da ação, os autores narram que contrataram a requerida para se apresentar na festa de formatura da turma de graduação em engenharia civil, que eles, enquanto membro da respectiva comissão de formatura, teriam ajudado a promover. Assinalam que a requerida, contratada para

ser a atração musical da festa, não compareceu, dando-lhes ciência, já na hora do evento, que não se apresentaria. Descrevem o cenário que se sucedeu à informação e à comunicação do fato aos convidados do evento.

Dentro deste quadro, pediram a condenação da requerida ao pagamento de danos morais, no valor total de R$90.000,00 (noventa mil reais), ou R$30.000,00 (trinta mil reais) para cada um dos autores.

Em contestação, a requerida pediu a denunciação da lide da MF Eventos, afirmando que ela era representante comercial da banda, com quem a contratação foi diretamente feita e quem teria se promovido o cancelamento da sua participação no evento organizado pelos autores. Assinalou que a denunciada agendou e cancelou a participação da denunciante no evento, deixando de lhe enviar cópia do contrato firmado com os autores. Arguiu preliminar de ilegitimidade ativa, argumentando que o interesse não se restringia aos membros da comissão de formatura, estendendo-se para todos os formandos. No mérito, encapou os argumentos apresentados no tópico da denunciação e sustentou que ela não poderia ser responsabilizada por falha que ela não teria causado.

Em sentença, o Juízo rejeitou as preliminares, julgou improcedente a denunciação da lide e, no mérito, julgou procedentes os pedidos iniciais, reconhecendo o direito dos autos à indenização em valor inferior ao requerido.

Interpostos recursos pelos autores e pela requerida/denunciante, devolvem-se a esta Instância Revisora a legitimidade ativa dos autores, a denunciação da lide, a responsabilidade da requerida/denunciante e o valor dos danos morais.

Quanto à legitimidade ativa, os autores possuem pertinência para figurar no polo, reconhecida a possibilidade de demandar em nome próprio, independentemente da comissão de formatura que os representava na contratação de fornecedores e mesmo que os demais alunos, demais componentes do grupo de formandos, não os acompanhem no polo ativo.

A esse respeito, é incontroversa a qualidade dos autores como formandos, como alunos que contribuíram para organização do evento que celebraria a conclusão do curso de graduação.

Essa condição os posiciona como direta e pessoalmente atingidos pelo não comparecimento da requerida/denunciante no evento e pela frustração que o descumprimento contratual acarretou.

Ainda que no bojo do contrato eles estivessem representados pela associação, o objeto do contrato era de proveito pessoal deles, com aptidão para violar direitos de personalidade em suas esferas jurídicas individuais.

Vale ressaltar que, dentro da dinâmica com que as comissões de formatura são compostas, os serviços contratados não são para utilidade e proveito pessoal, vertendo-se em favor dos alunos que aderiram a seus termos e que financiam a realização do evento.

Nesse sentido, segundo regras de experiência comum (art. 375 do CPC), as comissões de formatura

sequer dispõem de mecanismos de autofinanciamento, promovendo contratações a partir das contribuições que os alunos/aderentes lhes prestam.

Essas considerações confirmam a pertinência subjetiva dos autores para figurarem no polo ativo da lide, até porque a lide versa sobre violações a direito de personalidade de cada um, habilitando-os a ajuizar a ação em nome próprio.

Do mesmo modo, não se verifica hipótese de litisconsórcio ativo necessário entre os autores e os demais formandos, sob pena de limitar indevidamente o direito de ação dos primeiros e condicioná-los ao interesse e conveniência dos demais formandos em provocar a jurisdição.

Com isso, reconhece-se a legitimidade ativa dos autores.

Acerca da responsabilidade da MF Eventos, é imperioso destacar que a participação dela no feito decorre de denunciação da lide postulada pela requerida e, nessa medida, se sujeita a pressupostos e condições específicas.

Sabe-se que a denunciação da lide é uma das espécies de intervenção de terceiro, cujas hipóteses de cabimento estão regulamentadas no art. 125 do Código de Processo Civil, a saber:

> Art. 125. É admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes:
>
> I - ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam;
>
> II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

Diante dos elementos da demanda principal e dos argumentos pelos quais a requerida busca a intervenção de terceiros, não estão preenchidos os pressupostos exigidos para instauração da demanda regressiva.

A requerida pretende o ingresso da terceira por considerá-la responsável pelo ato ilícito questionado pelos autores da demanda principal, sem mencionar qualquer relação de garantia existente entre elas.

Notadamente, no bojo da denunciação da lide, a requerida inaugura um campo argumentativo que não se relaciona com a causa de pedir trazida pelo autor da demanda principal, baseada na relação contratual - e, portanto, "inter partes" - que eles têm. A cognição aberta com a denunciação envolve discussão sobre a existência de relação jurídica entre a requerida e a litisdenunciada e sobre eventual descumprimento de contrato havido dentre elas. Diante de cognição diversa, para exauri-la, demandaria tempo e esforço processuais capazes de comprometer a celeridade com que a demanda principal precisa ser resolvida.

Em outras palavras, a ampliação das discussões controvertidas, acaso deferida a denunciação da lide, comprometeria o tempo da demanda principal, em nítido prejuízo aos seus autores, situação que afrontaria os princípios fundamentais do processo e que, portanto, deve ser evitada pelo magistrado.

Sobre o controle da denunciação da lide, vejam-se as lições de Fredie Didier Jr.:

> de fato, a denunciação da lide implica um incremento da carga cognitiva do magistrado, seja pelo acréscimo de pedido novo, seja pela ampliação do thema probandum: fatos novos são deduzidos, os quais, muita vez, dependerão de um meio de prova distinto daquele que seria inicialmente utilizado (como uma perícia ou inspeção judicial, por exemplo). Essa situação dificulta, indiscutivelmente, a prestação da tutela jurisdicional para o adversário do denunciante- e a situação do particular envolvido em demanda contra o Poder Público, que pretende exercer sua pretensão regressiva contra o servidor pela denunciação da lide, serve bem como exemplo. Esse "prejuízo" é percebido e é significativo. [...] Não há vedação legal expressa, isso é fato; mas o magistrado, aplicando a máxima da proporcionalidade, verificará, no caso concreto, se a admissão da denunciação da lide pode comprometer a duração razoável do processo, a ponto de não valer a pena a economia processual que por ela se busca alcançar; se isso ocorrer, inadmissível, in concreto, a denunciação, restando ao prejudicado exercer por via autônoma a sua ação regressiva (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. I. p. 570-571).

Destaque-se que a denunciação da lide, em princípio, oferece a vantagem de permitir a resolução de duas demandas dentro de uma mesma estrutural processual. Há casos, entretanto, em que esse potencial de economia processual não se confirma ou, ao menos, não sem prejuízo demasiado para as partes da demanda principal.

É o caso dos autos, em que, para solucionar todas as questões envolvendo a responsabilidade da pessoa imputada pelo denunciante, o tempo da demanda principal se prolongaria demasiadamente.

Por oportuno, registre-se que a denunciação da lide é facultativa e que seu indeferimento não impede que a requerida/denunciante, acaso condenada na demanda principal, maneje ação buscando a repartição dos ônus contra quem considera responsável pelo ato ilícito assumido.

Feitas estas considerações, em que pese as imputações feitas pela requerida, é certo que o contrato foi assinado pessoalmente por ela, vinculando-a, portanto, às obrigações estampadas no instrumento.

É certo que o descumprimento contratual, em regra, não gera danos morais. Mas, no caso, os direitos em disputa revelam que a omissão da requerida superou o mero aborrecimento.

Com o caráter relativo típico dos contratos, relações jurídicas que a requerida mantenha com outros colaboradores - o que pode ser objeto de discussão - não são capazes de excluir sua responsa-

bilidade pelo descumprimento do contrato que celebrou pessoalmente, controvertido nos autos.

Reconhecida a responsabilidade da requerida e o dever de indenizar, passa-se à análise do valor dos danos morais - matéria devolvida por força do recurso interposto pelos autores.

Quanto ao valor dos danos morais, sabe-se que não existe regra objetiva para a fixação da cifra indenizatória em tais situações. Justamente por isso é que quantificação dessa natureza deve guardar perfeita correspondência com a gravidade objetiva do fato e seu efeito lesivo, bem assim com as condições sociais e econômicas da vítima e do autor da ofensa, ajustando-se ao princípio da equidade e à orientação pretoriana, segundo a qual a eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida.

Nesse contexto, incumbe ao julgador, ao estabelecer a quantia devida, ficar atento ao limite do razoável, sem afastar-se da finalidade compensatória, não permitindo que se enverede pelo rumo das pretensões absurdas.

Nesse sentido, já me manifestei:

> Apelação cível. Recurso adesivo. Ação declaratória de inexistência de débito c.c. Indenização por danos morais. Inscrição no cadastro de inadimplentes. Não comprovação da origem do débito. Negativação indevida. Danos morais. Valor. Majoração. Honorários advocatícios sucumbenciais. Manutenção. - Não comprovada a origem do débito a teor do ônus probatório que recai sobre o réu, é ilegal a inclusão do nome do consumidor nos cadastros de inadimplentes, ensejando reparação por danos morais - art. 373, II, do CPC/2015. - O valor da indenização por danos morais deve ser fixado considerando 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, atentando-se, também, para os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, podendo ser majorado, em sede recursal, se irrisório. - A revisão dos valores dos honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em primeira instância, em regra, é admissível em situações excepcionais, quando o valor for manifestamente irrisório ou excessivo (TJMG - Apelação Cível n° 1.0000.17.083059-0/001, Rel. Des. Octávio de Almeida Neves, 15ª Câmara Cível, j. em 22.02.2018, p. em 28.02.2018).

Observados esses parâmetros e, ainda, tendo por base o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, tem-se que o valor de R$4.000,00 (quatro mil reais), para cada autor fixado na sentença, revela-se insuficiente à reparação dos danos, sobretudo quando se considera o valor social do evento a que a requerida não compareceu e a sensibilidade das expectativas existentes em torno da data.

Por outro lado, não se deve perder de vista a capacidade financeira da requerida e o risco de que a condenação inviabilize a continuidade de suas atividades econômicas.

Adotadas essas premissas, considera-se que a indenização deve ser majorada para R$10.000,00 (dez mil reais), acrescida de correção monetária a partir do presente acórdão e juros de mora a partir da citação, considerada a natureza contratual da responsabilidade reconhecida nos autos.

Por último, passa-se à análise do pedido de majoração dos honorários sucumbenciais.

No tocante ao arbitramento dos honorários advocatícios, o art. 85, § 2º, do CPC, prevê:

> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
>
> [...]
>
> § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:
>
> I - o grau de zelo do profissional;
>
> II - o lugar de prestação do serviço;
>
> III - a natureza e a importância da causa;
>
> IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Levando em consideração os critérios supracitados, bem como a duração da ação, que foi ajuizada em janeiro de 2015 e julgada em agosto 2021, tem- se por inadequada a verba honorária fixada na origem em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, ainda que se leve em consideração o valor majorado dos danos morais. Dessa forma, deve haver a majoração para 12% (doze por cento) sobre o novo valor em que os danos morais foram arbitrados, a fim de melhor remunerar o trabalho realizado nos autos.

Dispositivo.

Posto isso, nego provimento ao primeiro recurso e dou parcial provimento ao segundo para: a) fixar os danos morais em R$10.000,00 (dez mil reais) para cada um dos autores, acrescido de juros de mora a 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, e correção monetária pelos índices da CGJ, a partir do arbitramento, ou seja, a partir da publicação deste acórdão; b) majorar os honorários sucumbenciais, devidos em favor dos advogados dos autores, para 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação.

Em observância ao art. 85, § 11, CPC, em consideração ao trabalho recursal, fixo os honorários sucumbenciais em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Custas recursais pela requerida/primeira apelante.

Votaram de acordo com o Relator o DESEMBARGADOR MAURÍLIO GABRIEL E O JUIZ DE DIREITO CONVOCADO JOEMILSON LOPES.

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

Agravo de instrumento - Execução por quantia certa - Inércia do exequente - Prescrição intercorrente - Inocorrência - Devedor não encontrado - Arresto - Expedição de ofício à autoridade supervisora do sistema financeiro - Permissão - Penhora - Verba trabalhista - Impenhorabilidade - Inc. IV do art. 833 do CPC

- Não configurada a inércia do exequente, não deve ser reconhecida a prescrição intercorrente.

- Na conformidade do disposto no art. 830 do Código de Processo Civil, o arresto, nos autos da execução por quantia certa, deve ser efetivado quando o devedor não é encontrado para ser citado.

- Em execução por quantia certa, não sendo encontrado o devedor, permite-se a efetivação do arresto através de expedição de ofício à autoridade supervisora do sistema financeiro, na forma autorizada pelo art. 854 do Código de Processo Civil.

- São absolutamente impenhoráveis os valores referentes a salário e remunerações, no todo ou em parte, a teor do disposto no inc. IV do art. 833 do Código de Processo Civil.

- As verbas rescisórias, bem como o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, têm caráter alimentar e somente podem ser penhoradas, caso se trate de execução de verba de natureza alimentar.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0701.08.226132-5/001 - Comarca de Uberaba - Agravante: José Airton de Lima - Agravado: Cooperativa de Crédito Rural dos Produtores de Leite do Vale do Rio Grande Ltda. - Sicoob Credileite - Relator: DES. MAURÍLIO GABRIEL.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 8 de abril de 2022. - *Maurílio Gabriel* - Relator.

Voto

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Cuida-se de agravo de instrumento interposto por José Airton de Lima, em face da decisão prolatada nos autos da "ação de execução de título extrajudicial", contra ele ajuizada por Cooperativa de Crédito Rural dos Produtores de Leite do Vale do Rio Grande Ltda. - Sicoob Credileite.

A referida decisão (documento nº 23, f. 01/05) julgou "improcedente a exceção de pré-executividade e ausente demonstração da impenhorabilidade estampada no art. 833, incisos IV e X, do CPC", indeferiu "o pedido de desconstituição da constrição judicial/penhora on-line com o consequente

desbloqueio da quantia em exame", e aplicou "em desfavor do executado José Aírton de Lima, multa por litigância de má-fé, em favor do requerido, no importe equivalente a 5% (cinco por cento) do valor atualizado da execução".

Alega o agravante que "execução ficou suspensa e arquivada por 5 anos e 8 meses, ou seja, de 29.09.2008 a 20.01.2014".

Sustenta que "o prazo prescricional da exigibilidade do título objeto desta execução é de 3 anos, nos termos do art. 206, § 3º, inc. VIII, do Código Civil cumulado com o art. 70 da Lei Uniforme de Genebra".

Defende que "atingido o lapso temporal trienal de suspensão e arquivamento do processo, somado à inércia do exequente/agravado e a oportunização do contraditório, há se reconhecer a prescrição intercorrente, nos termos do art. 202, § único, do Código Civil, para julgar procedente a exceção de pré-executividade, para extinção da execução".

Assevera que "o caso dos autos afrontou o devido processo legal, já que por diversas oportunidades, o executado/agravante, mesmo sem ter sido citado, conforme reconhecido na decisão agravada, suportou a constrição de seus bens, a exemplo das penhoras de f. 72/74, 166/170, 173 e 187/189, o que ilegalmente inverteu a ordem processual".

Infere que as quantias bloqueadas "se referem aos valores recebidos pelo agravante em razão da rescisão do contrato de trabalho junto à ex-empregadora Lighthouse-SMS Consultoria e Treinamento LTDA. e de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS)".

Salienta que "além da impenhorabilidade das quantias, a penhora se deu de forma ilegal, já que a execução é nula, que inclusive foi acometida pelo fenômeno da prescrição intercorrente, conforme discorrido anteriormente".

Argumenta que "não pode o agravante ser penalizado por ter apontado defeito processual que inclusive foi reconhecido pela parte adversa".

Ao final, pugna o agravante pelo provimento do recurso para reformar a decisão agravada de f. 227/229, para julgar procedente a exceção de pré-executividade, para: (i) declarar a incidência da prescrição intercorrente, (ii) declarar a nulidade processual e a afronta ao devido processo legal tendo à vista a constrição de bens sem a necessária citação da parte, desonerando-se os bens, (iii) declarar a impenhorabilidade das verbas derivadas de rescisão de contrato de trabalho do agravante (f. 187/189), restituindo-se, e (iv) reformar a decisão que condenou o agravante no pagamento de multa por litigância de má invertendo-se o ônus sucumbencial.

Foi atribuído efeito suspensivo ao recurso.

Em contraminuta, Sicoob Credileite pugna pelo não provimento do recurso.

Conheço do recurso, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade.

Caracteriza-se a prescrição intercorrente pelo não prosseguimento do processo executivo, em razão de ausência de manifestação do exequente, durante o prazo prescricional.

Nos termos da Súmula nº 150 do Supremo Tribunal Federal, "prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação", que, na espécie, seria de 5 anos, por se tratar de pretensão de cobrança de dívida líquida constante de instrumento particular (cédula de crédito bancário).

Esse prazo encontra previsão no inc. I do § 5º do art. 206 do atual Código Civil.

O prazo da prescrição intercorrente "começa a fluir do momento em que o autor deixou de movimentar o processo, quando isso lhe cabia" (STJ - Resp nº 15261/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, *DJ* de 21.09.1992).

Segundo as teses firmadas no julgamento do REsp nº 1.604.412/SC, paradigma do Incidente de Assunção de Competência descrito no Tema 1 IAC pelo Superior Tribunal de Justiça:

> 1.1. Incide a prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo CPC/73, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002.
>
> 1.2. O termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta- se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de 1 (um) ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei nº 6.830/1980).
>
> 1.3. O termo inicial do art. 1.056 do CPC/2015 tem incidência apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da entrada em vigor da novel lei processual, uma vez que não se pode extrair interpretação que viabilize o reinício ou a reabertura de prazo prescricional ocorridos na vigência do revogado CPC/1973 (aplicação irretroativa da norma processual).
>
> 1.4. O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição.

Conclui-se, portanto, que o prazo da prescrição deve ser contado a partir do prazo judicial de suspensão, ou, inexistindo prazo, do transcurso de 1 ano, sendo essa a situação do processo.

Pleiteia José Airton de Lima a extinção da execução, ante a ocorrência da prescrição intercorrente, ao fundamento de que o processo ficou paralisado por mais de 5 anos.

Examinando os autos, verifico que os autos foram arquivados em 29 de setembro de 2008, tendo sido desarquivados a pedido da exequente, ora agravante (f. 1, doc. nº 10).

Na decisão proferida pelo nobre Juiz, não houve determinação de prazo para suspensão, os autos

foram remetidos ao arquivo em setembro de 2008 (f. 10, doc. n° 9), passando a prescrição intercorrente a correr 1 ano depois, ou seja, a partir de outubro de 2009.

Registra-se que, no ano de 2014, o exequente pleiteou o desarquivamento do processo, requerendo a "penhora online, cujo valor atualizado é no valor de R$36.907,15 (trinta e seis mil novecentos e sete reais e quinze centavos)" no mês de janeiro (cf. f. 1/3, doc. n° 10).

Verifico, assim, que o feito ficou paralisado por cerca de três anos, sendo desnecessária a prévia intimação do exequente para dar andamento ao feito:

> Recurso especial. Civil. Processual civil. Execução. Ausência de bens passíveis de penhora. Suspensão do processo. Inércia do exequente por mais de treze anos. Prescrição intercorrente. Ocorrência. Súmula n° 150/STF. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Honorários advocatícios. Revisão óbice da Súmula n° 7/STJ. - Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide. – "Prescreve a execução no mesmo prazo da prescrição da ação" (Súmula n° 150/STF). - "Suspende-se a execução: [...] quando o devedor não possuir bens penhoráveis" (art. 791, inc. III, do CPC). - Ocorrência de prescrição intercorrente, se o exequente permanecer inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado. - Hipótese em que a execução permaneceu suspensa por treze anos sem que o exequente tenha adotado qualquer providência para a localização de bens penhoráveis. - Desnecessidade de prévia intimação do exequente para dar andamento ao feito. - Distinção entre abandono da causa, fenômeno processual, e prescrição, instituto de direito material. - Ocorrência de prescrição intercorrente no caso concreto. - Entendimento em sintonia com o novo Código de Processo Civil. - Revisão da jurisprudência desta Turma. - Incidência do óbice da Súmula n° 7/STJ no que tange à alegação de excesso no arbitramento dos honorários advocatícios. - Recurso especial desprovido (REsp n° 1522092/MS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. em 06.10.2015, *DJe* de 13.10.2015).

Todavia, não restou caracterizada a prescrição intercorrente, pois o título executivo, *in casu*, a cédula de crédito bancário, prescreve materialmente em cinco anos e não em três, como faz querer crer o agravante. Não havendo transcorrido o prazo de cinco anos entre o arquivamento do processo e seu desarquivamento, não há que se falar em ocorrência da referida prescrição.

Rejeito, pois, a prejudicial de prescrição.

Preceitua o Código de Processo Civil que "se o oficial de justiça não encontrar o devedor, arrestar-lhe-á tantos bens quanto bastem para garantir a execução" (art. 830) e que esse arresto, cumpridas determinadas diligências, inclusive com a citação por edital do devedor, será convertido "em penhora, independente de termo" (art. 830, § 3º).

Dessa forma, o arresto, nos autos da execução por quantia certa, deve ser efetivado quando o deve-

dor não é encontrado para ser citado, não se confundindo, pois, com a medida cautelar de arresto, que possui requisitos próprios e distintos.

No caso em exame, restou devidamente comprovado que se tentou, sem sucesso, a citação dos executados, conforme reconhecido pelo próprio Juiz na decisão agravada, o que, por si só, autoriza a realização do arresto, com base no dispositivo legal acima transcrito.

Ademais, como salientado na decisão, o executado compareceu espontaneamente aos autos "mediante a juntada de exceção de pré-executividade acompanhada de Procuração e outros documentos".

É o que determina o art. 239, § 1º, *in verbis*: "o comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação ou de embargos à execução".

Nada impede, portanto, que se aplique ao arresto, por analogia, a regra do art. 854 do Código de Processo Civil, que transcrevo: "Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras por meio de sistema eletrônico pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando- se a indisponibilidade, ao valor indicado na execução".

Com essa nova regra, a requisição à autoridade supervisora do sistema financeiro tornou-se obrigatória, quando requerida pelo exequente, com a finalidade acima prevista, podendo ela ser efetivada preferencialmente por meio eletrônico, mas podendo ser igualmente realizada através de mero ofício.

Essa diligência prescinde de prévia comprovação de ter o exequente envidado esforços para encontrar outros bens a serem penhorados, uma vez que, em sua redação atual, o art. 835 do Código de Processo Civil coloca, em primeiro lugar na ordem estipulada para a penhora, o "dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira" (inc. I).

Anoto, ainda, que é dispensada a ciência prévia ao executado de tal diligência, como denota-se do artigo supracitado.

Consequentemente, deve ser rejeitado o pedido do agravante, mantendo- se nesse ponto a decisão agravada.

Determina o art. 833 do Código de Processo Civil ser absolutamente impenhorável

"a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos" (inc. X).

Por sua vez, o inc. IV do art. 833 do Código de Processo Civil considera absolutamente impenhoráveis "os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios".

Discorrendo a respeito, Humberto Theodoro Júnior observa que a "remuneração do trabalho pessoal, de maneira geral, destina-se ao sustento do indivíduo e de sua família", tratando-se, pois, "de verba de natureza alimentar, donde a sua impenhorabilidade" (*Curso de Direito Processual Civil*. 40ª ed. Rio de Janeiro: Forense. v. II. p. 285).

Com relação à possibilidade de penhora do saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o Superior Tribunal de Justiça possui precedente no sentido de admitir a penhora de verbas de natureza alimentar, bem como de valores decorrentes de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, depositadas em conta-corrente somente nos casos de execução de alimentos. Nas demais execuções, as referidas verbas estão resguardadas pela impenhorabilidade prevista no art. 833, inc. IV, do Código de Processo Civil.

Confira-se a ementa do supracitado julgado:

> Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Execução fiscal. Penhora. Valores provenientes de FGTS. Impossibilidade. Agravo regimental desprovido. - Esta Corte admite a penhora de verbas de natureza alimentar, bem como de valores decorrentes de FGTS, depositadas em conta-corrente somente nos casos de execução de alimentos. Nas demais execuções, as referidas verbas estão resguardadas pela impenhorabilidade prevista no art. 649, inc. IV, do CPC. Precedente: AgRg no REsp nº 1.127.084/MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* de 16.12.2010. - No caso, o acórdão regional está em dissonância com o entendimento desta Corte, pois trata-se de penhora de numerários oriundos do FGTS para pagamento de dívida fiscal. - Agravo Regimental desprovido (AgRg no REsp nº 1570755/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. em 03.05.2016, *DJe* de 18.05.2016).

No caso em exame, o agravante apresentou pedido de desbloqueio da quantia encontrada em conta corrente de sua titularidade, pois tal valor decorre do pagamento de verbas rescisórias recebidas face o término de seu contrato de trabalho, notadamente levantamento de FGTS, cuja impenhorabilidade estaria abrangida no referido artigo, conforme entendimento do Tribunal Superior.

Compulsando os autos, verifica-se que foi bloqueada a quantia de R$39.228,60 (trinta e nove mil duzentos e vinte e oito reais e sessenta centavos), presente na conta corrente do agravante junto ao Itaú Unibanco S/A (doc. 212).

Pois bem.

Como já salientado, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço tem caráter alimentar e somente pode ser penhorado caso se trate de verba da natureza alimentar, o que não é o caso dos autos. Analisando os extratos colacionados pela agravante, é possível inferir que o valor presente na conta corrente se refere a tal verba rescisória.

A verba rescisória foi depositada no dia 10 de novembro de 2020, em conta vinculada à Caixa Econômica Federal, conforme documentos nº 21, perfazendo a quantia de R$83.682,96 (oitenta e três mil seiscentos e oitenta e dois reais e noventa e seis centavos), sendo a última entrada na conta no

dia 19 de novembro de 2021, podendo, assim, ser estabelecido o vínculo direto com saque do FGTS e/ou outras verbas rescisórias.

Posteriormente, no dia 26 de janeiro de 2021, houve envio de TED, no valor de R$49.000,00 (quarenta e nove mil reais) da conta da Caixa Econômica para a conta corrente do Itaú, conforme demonstrativos anexados ao documento nº 20 e 21. De modo que, não havendo prova contrária, é de se presumir que tal verba se refere às verbas rescisórias do agravante, configurando-se, pois, seu caráter alimentar.

Consequentemente, deve ser reformada a decisão agravada para determinar o imediato desbloqueio do valor encontrado na conta corrente do agravante.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso para determinar o desbloqueio imediato da quantia presente na conta corrente do agravante junto ao Banco Itaú (R$39.228,60 - trinta e nove mil duzentos e vinte e oito reais e sessenta centavos) por seu caráter alimentar.

Condeno cada parte ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) das custas recursais.

Votaram de acordo com o Relator o DESEMBARGADOR ANTÔNIO BISPO E O JUIZ DE DIREITO CONVOCADO JOEMILSON LOPES

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação declaratória de inexistência de relação jurídica - Divulgação publicitária - Responsabilidade civil - Danos morais - Configuração - Valor - Fixação - Pessoa jurídica - Ofensa à honra objetiva

- A responsabilidade dos fornecedores, segundo o CDC (art. 14), é objetiva. Portanto, independentemente da culpa dos fornecedores, eles respondem pelos danos causados aos consumidores, em razão de defeitos nos serviços que prestam.

- Dano moral é o que atinge aspectos constitutivos da identidade do indivíduo, a exemplo do seu corpo, do seu nome, da sua imagem e de sua aparência. A indenização pelo dano moral, mesmo não tendo suficiência para apagar o abalo experimentado pela vítima, pelo menos servirá como um paliativo compensatório.

- As pessoas jurídicas podem sofrer dano moral, nos termos da Súmula n° 227/STJ, sendo certo que a tutela da sua personalidade restringe-se à proteção de sua honra objetiva, a qual é vulnerada sempre que os ilícitos afetarem seu bom nome, sua fama e reputação (STJ, REsp n° 1.822.640/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 12.11.2019, *DJe* de 19.11.2019).

- A fixação do *quantum* do dano moral deve se ater: (1) à capacidade/possibilidade daquele que vai indenizar, já que não pode ser levado à ruína; (2) à suficiência àquele que é indenizado, pela satisfação da compensação pelos danos sofridos.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0344.15.000439-0/001 - Comarca de Iturama - Apelante: Sony Pictures Releasing of Brasil Inc. - Apelado: Sandra Leal Freitas Lima. - 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, 4 de maio de 2022. - *Ramom Tácio* - Relator.

Voto

DES. RAMOM TÁCIO - Trata-se de apelação interposta por Sony Pictures Releasing of Brasil Inc., em face da sentença (doc. de ordem 11), proferida nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídica proposta por Sandra Leal Freitas Lima - ME, na qual o MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais, declarando a inexistência da relação jurídica entre as partes e condenando a ré/apelante ao pagamento de R$5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais, devidamente corrigido pelos índices da CGJ e acrescido de juros de mora

de 1% (um por cento) ao mês, desde a data do evento danoso.

Em suas razões, a ré/apelante sustenta que não praticou ato ilícito, porquanto também foi vítima da quadrilha que utilizou os dados e documentos da autora/apelada para contratar seus serviços.

Afirma, na sequência, que inexiste dever de indenizar, visto que a autora/apelada não demonstrou nenhum abalo causado a sua honra objetiva decorrente do ocorrido.

Assevera que não houve dolo nem culpa em suas ações, e, portanto, estão ausentes os pressupostos da responsabilidade civil, inexistindo o dever de indenizar.

Nesses termos, pede o provimento do recurso, com a reforma da sentença, para julgar improcedente o pedido de indenização por danos morais feito pela autora/apelada.

A autora/apelada não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez que estão presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

A relação jurídica deduzida em juízo é de consumo, uma vez que a parte autora faz parte, por equiparação (bystander), do conceito de consumidor, previsto no art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, pois, do artigo mencionado, verifica-se que, "para efeito desta seção, equiparam-se aos consumidores, todas as vítimas do evento".

A responsabilidade dos fornecedores é objetiva, pois, independentemente da existência de culpa, eles devem reparar os danos causados aos consumidores em razão de defeitos na prestação dos serviços. É o que está no art. 14 do CDC:

> Art. 14. O fornecedor de serviço responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos.

Carlos Roberto Gonçalves inclusive ensina:

> Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura).
>
> Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida. Trata-se, portanto, de classificação baseada no ônus da prova. É objetiva porque dispensa a vítima do referido ônus. Mas, como se baseia em culpa presumida, denomina-se objetiva imprópria ou impura. É o caso, por exemplo, previsto no art. 936 do CC, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem. Mas faculta-lhe a prova

> das excludentes ali mencionadas, com inversão do ônus *probandi*. Se o réu não provar a existência de alguma excludente, será considerado culpados, pois sua culpa é presumida.
>
> Há casos em que se prescinde totalmente da prova da culpa. São as hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano (*Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 21-22).

Segundo consta da petição inicial, a autora/apelada teve o seu nome vinculado em divulgação publicitária no canal televisivo da ré/apelante mesmo não tendo contratado nenhuma publicidade com ela, fato que gerou grandes constrangimentos, porquanto se tratava de um golpe e acabou lesando vários consumidores que responsabilizaram a autora/apelada pelo ocorrido.

Na sentença, o Magistrado julgou procedente o pedido indenizatório feito pela autora/apelada, reconhecendo a inexistência de relação jurídica entre as partes e condenando a ré/apelante ao pagamento de indenização por dano moral, no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais).

Inconformada, a ré/apelante interpôs o presente recurso.

Entretanto, o recurso não procede, porquanto está sim configurado o dano moral no caso concreto.

Como se sabe, o dano moral é o que atinge aspectos constitutivos da identidade do indivíduo, a exemplo do seu corpo, do seu nome, da sua imagem e de sua aparência, sendo a proteção da personalidade, portanto, um direito imprescindível para preservação da dignidade humana.

A indenização relacionada a ele, mesmo não tendo suficiência para apagar o abalo experimentado pela vítima, deve servir como um paliativo compensatório.

É de todo sabido que, conforme o disposto no enunciado da Súmula n° 227 do STJ, a pessoa jurídica pode ser vítima de dano moral. Porém, como ela não possui honra subjetiva, só deve ser indenizada em caso de ofensa à sua honra objetiva, ou seja, ao seu bom nome, credibilidade e imagem perante terceiros.

Sérgio Cavalieri Filho inclusive esclarece:

> Induvidoso, portanto, que a pessoa jurídica, embora não seja passível de sofrer dano moral em sentido estrito - ofensa à dignidade, por ser esta exclusiva da pessoa humana - pode sofrer dano moral em sentido amplo - violação de algum direito da personalidade -, porque é titular de honra objetiva, fazendo jus a indenização sempre que seu bom nome, credibilidade ou imagem forem atingidos por algum ato ilícito (*Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 94).

No caso dos autos, verifica-se que terceiros contrataram os serviços de divulgação publicitária da ré/apelante, em nome da autora/apelada. A partir do referido contrato, eram divulgados os serviços da empresa da autora, que atua no ramo de intermediação na obtenção de empréstimos. Entretanto, os consumidores que buscavam o empréstimo pagavam uma taxa ao grupo que atuava de forma

fraudulenta e, por outro lado, não recebiam o crédito contratado. Diante disso, os consumidores lesados pleitearam, por meio de ações judiciais, o ressarcimento do prejuízo, bem como indenizações, em face da autora/apelada.

Além das consequências sofridas com a veiculação da publicidade, verifica-se que a autora/apelada recebeu em seu endereço, por meio de duplicatas, cobranças da parte ré/apelante pelos tais serviços que não foram contratados pela demandante.

Com efeito, existe prova de que, em razão da falha de prestação de serviço praticado pela ré/apelante, a pessoa jurídica autora/ apelada, sofreu dano de ordem moral (CPC, art. 373, I), pois houve abalo ao seu bom nome, reputação, respeitabilidade e credibilidade da perante os seus clientes, como provam os documentos das ações movidas em face da autora/apelada pelos em razão do ocorrido (doc. de ordem 03, f. 21/39).

Portanto, a indenização pelo dano moral procede, porquanto a falha de prestação de serviço da ré/apelante ofendeu a honra objetiva da pessoa jurídica autora/apelada.

Assim, conclusivo é que houve dano moral. Vamos à fixação do *quantum* indenizatório desse dano.

Nesse caso, recomenda-se que o julgador se paute pelo juízo da equidade, levando-se em conta as circunstâncias de cada caso. Assim, como já dito, a quantificação da indenização pelo dano moral deve atender: (1) a capacidade/possibilidade daquele que indeniza, pois este não pode ser conduzido à ruína, e (2) a suficiência àquele que é indenizado pela satisfação obtida do valor a título de compensação pelos danos sofridos, sem que ocorra enriquecimento ilícito ou exploração do Poder Judiciário como fonte de proventos.

Veja o magistério de Maria Helena Diniz:

> Na reparação do dano moral, o magistrado deverá apelar para o que lhe parecer equitativo ou justo, agindo sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. O valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento nem mesmo ser irrisório ou simbólico. A reparação deve ser justa e digna. Portanto, ao fixar o *quantum* da indenização, o juiz não procederá a seu bel prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação (Indenização por dano moral: a problemática da fixação do *quantum*. *Consulex*, Brasília, ano 1, n. 3, março 1997).

Com efeito, é necessário que o valor fixado para a indenização sirva de exemplo e punição para a parte ré/apelante, mas, por outro lado, nunca seja fonte de enriquecimento para a parte autora/apelada, servindo apenas como compensação pela ofensa sofrida.

Assim, observados os critérios norteadores da razoabilidade e da proporcionalidade, os princípios orientadores da intensidade da ofensa, a repercussão do dano na esfera da apelada e a condição

financeira da apelante, o valor de R$5.000,00 (cinco mil reais), fixado pelo Juiz de 1º grau para indenizar a apelada pelos danos morais sofridos pela indevida divulgação publicitária da empresa autora, mostra-se abaixo das indenizações fixadas por esta 16ª Câmara Cível em casos semelhantes.

A propósito, veja-se:

> Portanto, basta que se estabeleça o *quantum* indenizatório, levando-se em consideração que o valor dos danos morais deve guardar perfeita correspondência com a gravidade objetiva do fato e do seu efeito lesivo, bem assim com as condições sociais e econômicas da vítima e do autor da ofensa, revelando-se ajustada ao princípio da equidade e à orientação pretoriana segundo a qual a eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida. Assim, tenho que o valor de R$10.000,00 (dez mil reais) é suficiente para indenizar o dano sofrido sem gerar enriquecimento ilícito ao autor. Mediante tais considerações, dou provimento ao recurso para declarar inexistente o débito e condenar o requerido no pagamento de indenização por danos morais no valor de R$10.000,00 (dez mil reais), com correção monetária desde o arbitramento e juros de mora de 1% desde a data da negativação (TJMG - Apelação Cível n° 1.0707.15.025296-3/001, Rel. Des. Otávio Portes 16ª Câmara Cível, j. em 16.03.2017, p. em 27.03.2017).

Nada obstante, como não houve recurso da parte autora para majorar o *quantum* indenizatório, deve ser mantido o valor fixado pelo Magistrado de primeiro grau (R$ 5.000,00 - cinco mil reais), mas não reduzido, como quer a apelante.

Com tais razões de decidir, nego provimento ao recurso.

Condeno a parte apelante ao pagamento das custas recursais.

Quanto aos honorários recursais, fixo eles em 5% (cinco por cento) do valor da causa (CPC, art. 85, § 11).

Votaram de acordo com o Relator o DESEMBARGADOR MARCOS HENRIQUE CALDEIRA BRANT E A JUÍZA DE DIREITO CONVOCADA MARIA LÚCIA CABRAL CARUSO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação declaratória - Nulidade de sentença *extra petita* - CDC - Alongamento de divida rural - Recursos controlados - Resolução nº 4.591/2017 - aplicabilidade - Lei nº 13.606/18 - Inaplicabilidade - Astreints - Proporcionalidade - Alteração.

- Não há que se falar em sentença *extra petita* quando os argumentos foram apreciados em Embargos de Declaração que compõe a sentença. Inaplicabilidade do CDC e inversão do ônus da prova diante da ausência de relação de consumo, na medida em que os contratos avençados entre as partes são atinentes à fomentar a atividade rural, ausente indícios de vulnerabilidade técnica, jurídica ou fática do contratante. São recursos controlados, conforme Manual de Crédito Rural:

a) os obrigatórios, de que trata o MCR 6-2;

b) os das Operações Oficiais de Crédito sob supervisão do Ministério da Fazenda;

c) os de qualquer fonte destinados ao crédito rural na forma da regulação aplicável, quando sujeitos à subvenção da União, sob a forma de equalização de encargos financeiros, inclusive os recursos administrados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (Bndes);

d) os da poupança rural, quando aplicados segundo as condições definidas para os recursos obrigatórios, de que trata o MCR 6-2;

e) os dos fundos constitucionais de financiamento regional;

f) os do Fundo de Defesa da Economia Cafeeira (Funcafé). O alongamento de dívida originada de crédito rural não constitui faculdade da instituição financeira, mas, direito do devedor nos termos da lei, de acordo com a Súmula 298 do STJ. Para tanto, devem ser preenchidos todos os requisitos ensejadores da concessão do alongamento da divida dispostos na legislação aplicável.

- Comprovado o preenchimento dos requisitos em apenas uma das cédulas, esta deve ser renegociada. Astreintes configuram-se como a pena pecuniária fixada na hipótese de descumprimento de ordem judicial de obrigação de fazer ou não fazer, cujo objetivo é induzir a parte a cumprir a ordem judicial.

Apelação Cível nº 1.0680.19.001232-7/003 - Comarca de Taiobeiras - Apelantes: Banco do Brasil S/A, Carlito Pereira da Costa - Apelado: Banco do Brasil S/A, Carlito Pereira da Costa. – 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 não acolher a preliminar, negar provimento ao recurso adesivo e dar parcial provimento ao recurso principal.

Belo Horizonte, 4 de maio de 2022. – *Marcos Henrique Caldeira Brant* – Relator.

Voto

DES. MARCOS HENRIQUE CALDEIRA BRANT - Trata-se de Apelações interpostas contra sentença (documento eletrônico 23), proferida pela MMª. Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Taiobeiras que, nos autos da "ação declaratória de renegociação de cédula de crédito rural com pedido de tutela provisória de urgência em caráter antecedente", proposta por Carlito Pereira da Costa em face de Banco do Brasil S/A, julgou procedente a pretensão inicial, nos seguintes termos, "*verbis*":

> Ante o exposto, com fundamento no artigo 487, inciso 1, do Código de Processo Civil, com resolução de mérito, julgo procedente o pedido autoral para compelir o Banco do Brasil S/A, a alongar a dívida relativa à Cédula Rural Pignoratícia nº 40102053-3, nos termos da legislação em vigor, observados os mesmos encargos pactuados, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de incidir em multa no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso, limitada em R$300.000,00 (trezentos mil reais).
>
> Condeno o réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que arbitro em R$1.000,00 (mil reais), em observância ao disposto no parágrafo 4 0 do artigo 20 do CPC.

Opostos Embargos de Declaração (documento eletrônico 26), estes foram acolhidos para fazer constar da sentença, "*verbis*":

Diante do exposto, confirmo a decisão de fis. 56/57 e julgo procedente o pedido, nos termos do art. 487, 1 do Código de Processo Civil, para determinar que o réu formalize a renegociação do débito oriundo da cédula de crédito rural nº 40/02053-3, devendo ser observado o disposto na Resolução nº 4.591/17.

Reitero, ainda, a multa por descumprimento de R$5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso, limitada a R$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Condeno o requerido ao pagamento de custas e despesas processuais, e ainda em honorários advocatícios que fixo em 10% do valor atribuído à causa, nos termos do art. 85, § 2º do Código de Processo Civil.

Apelação principal pelo réu.

Nas razões recursais (documento eletrônico 30) o Réu/Apelante Principal alega, em síntese: a) que o valor fixado a titulo de astreintes deve ser minorado por se demonstrar exorbitante; b) que impossível a execução do alongamento da divida já que o contrato fora firmado livremente entre as partes em consonância à legislação vigente; c) que a renegociação da dívida é mera liberalidade da instituição financeira, conforme interpretação literal da resolução nº 4.660/2018 CMN, não havendo recursos públicos disponíveis a subsidiar a renegociação; d) que inaplicável ao caso em comento a sumula 298 do STJ; e) que a sentença deve ser reformada por determinar percentual

maior que aquele estabelecido pelo CMN e que a politica monetária justifica o caráter facultativo do alongamento da divida; f) que não restam presentes os requisitos necessários ao deferimento do alongamento da dívida; g) que inaplicável os ditames do CDC bem como a inversão do ônus da prova; h) que devem ser julgados improcedentes os pedidos iniciais para condenação do Autor ao pagamento dos honorários sucumbenciais. Requer o provimento da Apelação, para julgar procedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões (documento eletrônico 45) requerendo seja negado provimento a apelação principal.

Apelação adesiva pelo autor.

Já em suas razões recursais (documento eletrônico 37) o Autor/Apelante Adesivo aduz, preliminarmente, a nulidade da sentença *extra petita* por não examinar completamente a causa de pedir e

> em que pese o recorrente tenha, conforme determina o artigo 141 do CPC, fixado os limites da lide e da causa de pedir, a sentença foi fundamentada em causa de pedir não relatada na inicial, eis houve o julgamento da questão com arrimo na lei nº 9.138/95.

No mérito defende, em suma: a) que os pedidos exordiais devam ser julgados procedentes "nos limites do que fora proposto junto ao juízo a quo, considerando que a Resolução nº 4.591/17 e a Lei nº 13.606/18".

Requer o provimento da Apelação, reconhecendo a nulidade da sentença e para julgar procedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões (documento eletrônico 39) requerendo sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais.

Preliminar.

Sentença *extra petita.*

Aduz o Autor/Apelante Adesivo que a sentença deve ser anulada pela ausência de apreciação de todas as matérias arguidas, mormente por julgar procedente seu pedido ao fundamento de resolução do qual não preenchia os requisitos, devendo ser analisado os atos sob os fundamentos jurídicos dispostos na inicial, qual sejam, Resolução nº. 4.591/17 e a Lei nº 13.606/18, (documento eletrônico 1) "*verbis*":

> Seja concedida tutela provisória de urgência em caráter antecedente, *inaudita altera parsi* para que o requerido, nos termos que determina a Resolução nº 4.591117, formalize a renegociação do débito do requerente oriundo da cédula de crédito nº. 40102053-3, eis que este ultimo preenche absolutamente todos os requisitos exigidos pelo artigo 1º do citado ato normativo, sendo excluídos os bônus, rebates e descontos, sem o cômputo de multa, mora ou quaisquer outros encargos por inadimplemento ou honorários advocatícios; fixando-se prazo de reembolso até o ano de 2030, vencendo a primeira parcela no ano de 2021, de acordo com o período de obtenção de renda, sob pena de multa diária no valor de

> R$10.000,00 (dez mil reais) a ser arbitrado em função de eventual descumprimento,- sem prejuízo do dano efetivamente que vier a ser suportado.
>
> [...]
>
> Ao final, seja confirmada a tutela provisória de urgência, julgando-se procedente o pedido para que o requerido, nos termos que determina a Resolução nº 4.591117, formalize a renegociação do débito do requerente oriundo da cédula de crédito nº 40102053-3, eis que este último preenche absolutamente todos os requisitos exigidos pelo artigo 1 0 do citado ato normativo, sendo excluídos os bônus, rebates e descontos, sem o cômputo de multa, mora ou quaisquer outros encargos por inadimplemento ou honorários advocatícios; fixando-se prazo de reembolso até o ano de 2030, vencendo a primeira parcela no ano de 2021, de acordo com o período de obtenção de renda.

Ressalte-se que, não obstante o julgador não esteja obrigado a responder à totalidade das alegações formuladas pelas partes, bastando que na fundamentação da decisão deixe clara a sua motivação e o afastamento dos demais argumentos, verifica-se que na sentença atacada não houve sequer o afastamento dos argumentos da defesa que deveriam, minimamente, ser apreciadas, seja para acolher ou afastar.

Sobre a sentença "*extra petita*", cabe colacionar aos autos os ensinamentos do jurista Humberto Theodoro Junior, em sua obra Curso de Direito Processual Civil, p. 1.050, "*verbis*":

> Em síntese, o pedido é a condição e o limite da prestação jurisdicional, de maneira que a sentença, como resposta ao pedido, não pode ficar aquém das questões por ele suscitadas (decisão *citra petita*) nem se situar fora delas (decisão *extra petita*), tampouco ir além delas (decisão *ultra petita*). E esse limite - repita-se - alcança tanto os aspectos objetivos (pedido e causa de pedir) como os subjetivos (partes do processo). Nem aqueles nem estes podem ser ultrapassados no julgamento da demanda. [...] A sentença, enfim, é *citra petita* quando não examina todas as questões propostas pelas partes. [...] No entanto, o exame imperfeito ou incompleto de uma questão não induz, necessariamente, nulidade da sentença, porque o tribunal tem o poder de, no julgamento da apelação, completar tal exame, em face do efeito devolutivo assegurado pelo art. 1.013, § 1º.197.

No caso em comento, ao julgar procedente o pedido inicial e apreciar as fundamentações exaradas nos embargos de declaração, a Magistrada primeva findou o processo julgando procedente o pedido inicial, em sede de embargos de Declaração, com estrita observância à resolução CMN nº 4.591/17, "*verbis*":

> Diante do exposto, confirmo a decisão de fls. 56/57 e julgo procedente o pedido, nos termos do art. 487, 1 do Código de Processo Civil, para determinar que o réu formalize a renegociação do débito oriundo da cédula de crédito rural nº 40/02053-3, devendo ser observado o disposto na Resolução nº 4.591/17.

Assim, não acolho a preliminar de vício "*extra petita*".

Conheço das apelações eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade, permitindo-me a análise conjunta por tratarem de matérias correlatas.

Mérito.

Cinge-se a controvérsia em aferir a possibilidade de alongamento de dívidas constante da Cédula de Crédito Rural, avençado em 04.08.2014, com vencimento em 15.07.2022, cujo pedido de alongamento foi realizado em 27.12.2017, contratada pelo Autor/Apelante Adesivo, diante de alegado comprometimento da atividade rural no Município de Taiobeiras, decorrente de fatores climáticos não favoráveis.

Inicialmente, cumpre aclarar a inaplicabilidade do CDC no caso em tela na medida em que o Autor/Apelante Adesivo não se figura na relação como consumidor final dos serviços prestados pelo Réu/Apelante Adesivo.

O Código de Defesa do Consumidor reconhece, expressamente, o consumidor nas seguintes hipóteses:

> a) toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (art. 2º do CDC);
>
> b) a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (consumidor por equiparação - art. 2º do CDC);
>
> c) todas as vítimas do dano causado pelo fato do produto e do serviço (art. 17 do CDC);
>
> d) pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais e que, por isso, fazem jus à proteção contratual (art. 29 do CDC).
>
> e) pessoa física ou jurídica que seja vulnerável técnica, jurídica ou faticamente em relação ao fornecedor de produtos ou serviços, mesmo que não seja destinatária final do produto.

Esse mesmo diploma normativo define fornecedor como a pessoa física ou jurídica que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (art. 3º, do CDC).

Aplicando ambas as definições ao caso em apreço, verifica-se a ausência de relação de consumo, na medida em que os contratos avençados entre as partes são atinentes à fomentar a atividade rural, ausente indícios de vulnerabilidade técnica, jurídica ou fática do Autor/Apelante Adesivo.

Assim, entendendo-se pela ausência de relação de consumidor a afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que poderia ocorrer a inversão do ônus da prova com fulcro, no art. 373, § 1º, CPC:

> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
>
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
>
> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

> § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Tal determinação do Código Civil privilegia o hipossuficiente de uma relação processual, atinente à capacidade individual da parte em prover informações de cunho relevante ao processo, de modo que quando excessiva a dificuldade em cumprir o encargo, impõe-se a inversão do ônus da prova.

Entretanto, no caso em apreço, não há como aferir a hipossuficiência técnica para a produção de provas não havendo que se falar em inversão do ônus da prova.

O contrato avençado (documento eletrônico 3) prevê que a disponibilização do crédito advém de poupança rural controlada, sendo imprescindível o esclarecimento quanto à poupança rural que lastreia a referida cédula bancária. Conforme descrito no sítio do Banco Central, "*verbis*":

> 1 - Para os efeitos dos arts. 15, inciso I, alínea "l", da Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965, e 81, inciso III, da Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991, recursos da poupança rural são aqueles captados segundo as normas aplicáveis aos depósitos de poupança do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), na forma de depósitos da poupança rural para aplicação nas condições previstas nesta Seção.

A legislação - Lei nº 4.829/65 - confere ao Conselho Monetário Nacional a competência para estabelecer normas e diretrizes para a aplicação, distribuição e controle do crédito rural, sob a fiscalização do Banco Central.

Nesta esteira é que foi desenvolvido o MCR - Manual de Crédito Rural que dispõe sobre o crédito rural, subordinando beneficiários e instituições financeiras que operam no denominado "Sistema Nacional de Crédito Rural".

Em referido Manual (MCR), em seu capítulo 6, há a classificação do tipo de recurso que lastreará as Cédulas de Crédito Bancário, quais

> São considerados recursos controlados:
>
> a) os obrigatórios, de que trata o MCR 6-2;
>
> b) os das Operações Oficiais de Crédito sob supervisão do Ministério da Fazenda;
>
> c) os de qualquer fonte destinados ao crédito rural na forma da regulação aplicável, quando sujeitos à subvenção da União, sob a forma de equalização de encargos financeiros, inclusive os recursos administrados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (Bndes);
>
> d) os da poupança rural, quando aplicados segundo as condições definidas para os recursos obrigatórios, de que trata o MCR 6-2;
>
> e) os dos fundos constitucionais de financiamento regional;

f) os do Fundo de Defesa da Economia Cafeeira (Funcafé).

No mesmo documento é possível abstrair a possibilidade de alongamento da dívida desde que preenchidos os requisitos descritos no capítulo 2, seção 6, item 9:

> Independentemente de consulta ao Banco Central do Brasil, é devida a prorrogação da dívida, aos mesmos encargos financeiros antes pactuados no instrumento de crédito, desde que se comprove incapacidade de pagamento do mutuário, em consequência de:
>
> a) dificuldade de comercialização dos produtos;
>
> b) frustração de safras, por fatores adversos;
>
> c) eventuais ocorrências prejudiciais ao desenvolvimento das explorações.

Entretanto, em se tratando de Cédula de Credito Rural em que a fonte de recursos é controlado - poupança rural - aplicável a resolução apontada pelo Autor/Apelante Adesivo:

> Resolução nº 4.591, de 25 de Julho de 2017.
>
> Faculta a renegociação de operações de crédito rural de custeio e de investimento contratadas por produtores rurais que tiveram prejuízos em decorrência de seca ou estiagem em municípios da área de atuação da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (Sudene).

O Banco Central do Brasil, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o Conselho Monetário Nacional em sessão realizada em 24 de julho de 2017, com base no disposto nos arts. 4º, inciso VI, da Lei nº 4.595, de 1964, 4º e 14 da Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965, 5º da Lei nº 10.186, de 12 de fevereiro de 2001, e § 1º do art. 15 da Lei nº 7.827, de 27 de setembro de 1989, com a redação dada pela Lei nº 12.793, de 2 de abril de 2013, resolveu:

> Art. 1º Ficam as instituições financeiras facultadas a renegociar as operações de crédito rural de custeio e de investimento lastreadas com recursos controlados de que trata o Manual de Crédito Rural - MCR 6-1-2, contratadas de 1º de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2016, inclusive aquelas prorrogadas por autorização do Conselho Monetário Nacional (CMN), contratadas por produtores rurais ou por suas cooperativas de produção agropecuária, que tiveram prejuízos em decorrência de seca ou estiagem em municípios da área de atuação da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (Sudene), com decretação de situação de emergência ou estado de calamidade pública, com reconhecimento pelo Ministério da Integração Nacional (MIN), observadas as seguintes condições:
>
> I - os saldos devedores serão apurados com base nos encargos contratuais de normalidade, excluídos os bônus, rebates e descontos, sem o cômputo de multa, mora ou quaisquer outros encargos por inadimplemento ou honorários advocatícios;
>
> II - prazo de reembolso: até o ano de 2030, vencendo a primeira parcela no ano de 2021, de acordo com o período de obtenção de renda;
>
> III - formalização: até 29 de dezembro de 2017;
>
> IV - encargos financeiros: os originalmente pactuados.

> Art. 2° A renegociação prevista nesta Resolução deve observar o disposto no MCR 2-6-10-"a", exceto quando se tratar de financiamentos com recursos do Fundo Constitucional do Nordeste (FNE), admitida, a critério da instituição financeira, a substituição de aditivo contratual por "carimbo texto" para formalização da renegociação. Art. 3º As operações que tenham sido objeto de cobertura parcial das perdas pelo Programa de Garantia da Atividade Agropecuária (Proagro) ou por outra modalidade de seguro rural, somente podem ser renegociadas mediante a exclusão do valor referente à indenização recebida pelo beneficiário, considerada a receita obtida
>
> Art. 4º Não podem ser objeto da renegociação referida nesta Resolução:
>
> I - as operações de crédito rural contratadas no âmbito do Programa de Sustentação de Investimento (PSI);
>
> II - as operações cujo empreendimento financiado tenha sido conduzido sem a aplicação de tecnologia recomendada, incluindo inobservância ao Zoneamento Agrícola de Risco Climático (Zarc) e o calendário agrícola para plantio da lavoura; e
>
> III - as operações de crédito de mutuários que tenham praticado desvio de recursos ou que tenham sido caracterizados como depositários infiéis, salvo nas hipóteses em que o mutuário tenha regularizado sua situação.
>
> Art. 5º O mutuário que renegociar suas dívidas nos termos desta Resolução fica impedido de contratar novo financiamento de investimento com recursos do crédito rural, em todo o Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR), até que amortize integralmente, no mínimo, as duas parcelas subsequentes à formalização da renegociação, exceto nos casos em que o novo financiamento se destine a projeto de investimento para irrigação.
>
> Art. 6º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Cumpre aclarar que estes autos já foram objeto de analise por esta Relatoria, em sede de Agravo de Instrumento que manteve a decisão que deferiu a tutela de urgência que determinava a formalização da renegociação da divida sob os seguintes fundamentos, "*verbis*":

> Portanto, no presente caso, a medida que se impõe é a manutenção da decisão recorrida nos exatos moldes em que prolatada, em especial ao se considerar que todas as alegações recursais do Réu/Agravado restaram combatidas pelas provas dos autos, havendo perfeito enquadramento do caso analisado ao permissivo legal.

Apreciando tal recurso e mantendo o posicionamento anteriormente exarado, afasto, de inicio, as alegações do Réu/Apelante Principal de que o alongamento da dívida seja uma mera faculdade da instituição financeira posto tratar-se de direito subjetivo do produtor rural, por força da Sumula 298 do STJ:

"O alongamento de dívida originada de crédito rural não constitui faculdade da instituição financeira, mas, direito do devedor nos termos da lei".

Nesse sentido, já se manifestou esta 16ª Câmara Cível:

> Apelação Cível. Cédula de Crédito Rural. Cerceamento de Defesa. Ausência. TJLP. Legalidade. Cláusula *Del-Credere*. Decreto-Lei nº 167/67. Legalidade. Limite até 3%. Lei nº 10.177/2001. Comissão de Permanência. Proibição. Multa Contratual. Manutenção. CDC Inaplicável. Alongamento da Dívida. Ausência de Prova dos Requisitos. Afastamento. Não há que se falar em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, quando a matéria em discussão refere-se a tema de direito, revelando-se desnecessária a realização de perícia. Sendo inaplicável o CDC ao presente contrato de cédula de crédito rural, deve-se manter a multa prevista contratualmente, não havendo que se falar em sua redução para 2%. A Súmula 288 assim enuncia: "A Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários". O artigo 8º, do Decreto-lei nº 167/67, permite a cobrança, pela instituição financeira da cláusula *del credere*, tendo a Lei nº 10.177/2001 limitado a 3% sua cobrança para os contratos celebrados em sua vigência. Inadmissível a estipulação de comissão de permanência, em se tratando de crédito industrial, tendo em vista que o DL 413/69, por meio do seu Artigo 5º, admite, nas hipóteses de inadimplência, apenas, a cobrança de juros e multa. O STJ já decidiu que "o alongamento de dívida originada de crédito rural não constitui faculdade da instituição financeira, mas, direito do devedor nos termos da lei, mas a renegociação somente será obrigatória se forem atendidos os requisitos legais" (TJMG - Apelação Cível nº 1.0429.03.003849- 2/001, Relator: Des. Pedro Aleixo, 16ª Câmara Cível, j. em 17.07.2014, p. em 28.07.2014).

No mesmo sentido, já se manifestou este Tribunal de Justiça:

> Apelação Cível. Embargos à Execução. Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária. Juros. Limitação a 12% ao Ano. Decreto nº 22.626/33. Interpretação Sistemática da Norma. Capitalização. Possibilidade. Comissão de Permanência à Taxa de Mercado. Substituição por Correção Monetária pelo INPC. Sentença Reformada em Parte. Não demonstrando o apelante ter requerido o alongamento da dívida, afora a circunstância de que também não demonstrou preencher os demais requisitos legais para tanto, não há falar em possibilidade de renegociação ou prorrogação da dívida. A taxa de juros não pode ultrapassar o limite de 12% ao ano, ainda que o credor seja uma instituição financeira ou a ela equiparada, eis que a limitação contida na Lei de Usura aplica-se a todos, sem distinção. Afasta-se a regra que proíbe a prática de anatocismo sempre que houver dispositivo legal que o admita, como ocorre no caso dos deveres em cédula rural, impondo-se, todavia, que as partes tenham acordado, prévia e expressamente, nesse sentido. Objetivando a correção monetária apenas a preservar a atualização do valor da dívida, deve ser corrigida segundo as variações do INPC, sendo inválida a cláusula contratual que estabelece como índice de correção a comissão de permanência à taxa de mercado (TJMG - Apelação Cível nº 1.0694.05.023800-5/001, Relator: Des. Mauro Soares de Freitas, 16ª Câmara Cível, j. em 28.11.2007, p. em 22.02.2008).

Quanto à aplicabilidade da lei Lei nº 13.340/16, alterada pela Lei nº 13.606/2018, aventada pelo Autor/Apelante adesivo, esta assim determina:

> Art. 1º Fica autorizada a concessão de rebate para liquidação, até 29 de dezembro de 2017, das operações de crédito rural referentes a uma ou mais operações do mesmo mutuário, contratadas até 31 de dezembro de 2011 com o Banco do Nordeste do Brasil S.A. ou o Banco da Amazônia S.A., com recursos oriundos, respectivamente, do Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste - FNE ou do Fundo Constitucional de Financiamento do Norte - FNO, ou com recursos mistos dos referidos Fundos com outras fontes, relativas a empreendimentos localizados na área de abrangência da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - Sudene ou da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia - Sudam, observadas ainda as seguintes condições:
>
> [...]
>
> Art. 2º Fica autorizada, até 29 de dezembro de 2017, a repactuação das dívidas das operações de crédito rural contratadas até 31 de dezembro de 2011 com o Banco do Nordeste do Brasil S.A. ou o Banco da Amazônia S.A. com recursos oriundos, respectivamente, do FNE ou do FNO, ou com recursos mistos dos referidos Fundos com outras fontes, relativas a empreendimentos localizados na área de abrangência da Sudene ou da Sudam, atualizadas até a data da repactuação segundo os critérios estabelecidos no art. 1o desta Lei, observadas ainda as seguintes condições: (Regulamento)
>
> I - empreendimentos localizados nos Municípios do semiárido, do norte do Estado do Espírito Santo, do norte do Estado de Minas Gerais, do Vale do Jequitinhonha e do Vale do Mucuri, compreendidos na área de atuação da Sudene: bônus a serem aplicados sobre a amortização prévia definida no inciso VI do *caput* deste artigo e sobre as parcelas repactuadas de que trata o inciso III do caput deste artigo, ambos na forma definida no Anexo I desta Lei e observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo;
>
> No caso em tela, não seria possível o enquadramento da cédula em análise, pois referida lei se limita aos contratos entabulados até 31.12.2011, o que não ocorre nos autos posto que a cédula foi contratadas no ano de 2014.

Em resumo do que já exposto, caso preenchidos os requisitos estipulados no Manual e Crédito Rural e Resoluções, deve ser concedida a renegociação ao produtor rural.

Conforme Manual de Crédito Rural, para a realização de alongamento da dívida, há que se aferir alguma das hipóteses:

a) dificuldade de comercialização dos produtos;

b) frustração de safras, por fatores adversos;

c) eventuais ocorrências prejudiciais ao desenvolvimento das explorações.

No caso em comento, o Autor/Apelante Adesivo demonstra, por meio de laudo técnico (documento eletrônico 3), a ocorrência de frustração de safra por fatores adversos com consequente perda de produção por seca que assolava a região.

Quanto à resolução nº 4.591, de 25 de julho de 2017, afere-se o preenchimento dos requisitos, quais sejam, tratar-se de crédito derivado de recurso controlado, o que já foi analisado acima; ter

a cédula de credito sido contratada entre 1º de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2016, o que também resta comprovado com a contratação realizada em 2014 e reconhecimento da situação de emergência em decorrência de seca (conforme laudo e portaria do Estado de Minas Gerais (documento eletrônico 3).

Portanto, aplicável ao caso concreto o alongamento da divida conforme determina a resolução nº 4.591, de 25 de julho de 2017, devendo ser observado:

> I - os saldos devedores serão apurados com base nos encargos contratuais de normalidade, excluídos os bônus, rebates e descontos, sem o cômputo de multa, mora ou quaisquer outros encargos por inadimplemento ou honorários advocatícios;
>
> II - prazo de reembolso: até o ano de 2030, vencendo a primeira parcela no ano de 2021, de acordo com o período de obtenção de renda;
>
> III - formalização: até 29 de dezembro de 2017;
>
> IV - encargos financeiros: os originalmente pactuados.

Finalmente, em relação às astreintes questionadas pelo Réu/Apelante Principal, as chamadas "astreintes" configuram-se como a pena pecuniária fixada na hipótese de descumprimento de ordem judicial de obrigação de fazer ou não fazer, cujo objetivo é induzir a parte a cumprir a ordem judicial.

No entanto, o valor fixado não deve ser excessivo, em respeito à razoabilidade e à proporcionalidade com o objeto da obrigação, de acordo com o art. 537 do CPC:

> Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

Pelos mesmos motivos, deve haver a limitação da multa, para que seu valor, se acumulado, não atinja um patamar exacerbado e provoque o enriquecimento ilícito do autor.

Nesse sentido já se manifestou esta 16ª Câmara Cível:

> Agravo de Instrumento. Acordo. Descumprimento. Imposição de Multa Diária. Possibilidade. Art. 536 E 537 do NCPC. Limitação das Astreintes. Não tendo o Réu cumprido a obrigação assumida em acordo homologado, cabível a fixação de multa pelo Magistrado, na forma do arts. 536 e 537 do NCPC. A multa imposta para a hipótese de descumprimento de obrigação de fazer deve atender aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como não ser excessiva a ponto de provocar o enriquecimento ilícito da parte a quem dela aproveitará. Também, por este motivo, deve a sua extensão ser, quando se tratar de multa diária, limitada no tempo (TJMG - Agravo de Instrumento nº 1.0027.09.199978-2/004 Relatora: Desª. Aparecida Grossi, 16ª Câmara Cível, j. em 16.03.2017, p. em 27.03.2017).

No caso em tela, a pena pecuniária foi fixada em R$5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso, limitada a R$300.000,00 (trezentos mil reais).

Considerando que o caráter desta multa não é condenatório, mas sim coercitivo, entende-se que o valor fixado na decisão é incompatível com a obrigação de fazer, devendo constar o valor diário de R$3.000,00 (três mil reais), limitados a 30 (trinta) dias.

Pelo exposto, não acolho a preliminar de sentença *extra petita*, nego provimento à apelação adesiva e dou parcial provimento à apelação principal apenas para limitar as astreintes anteriormente fixadas ao valor diário de R$3.000,00 (três mil reais), limitados a 30 (trinta) dias.

Custas recursais por cada parte em relação ao seu recurso.

Considerando que o art.85, § 11º, do CPC/ preceitua que o Tribunal, ao julgar o recurso, deverá majorar os honorários advocatícios anteriormente impostos, os elevo para 20% (vinte por cento).

Votaram de acordo com o Relator o Desembargador José Marcos Rodrigues Vieira e a JD. Convocada Maria Lúcia Cabral Caruso.

Súmula - NÃO ACOLHERAM A PRELIMINAR, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL.

Apelação cível - Ação de indenização - Preliminar - Nulidade da sentença - Rejeição - Gratuidade de justiça - Necessidade do benefício - Comprovação - Mérito - Concessionária de serviço público - Acidente de trânsito - Responsabilidade civil - Dever de prestar serviço eficiente - Infringência - Danos materiais - Configuração - Dever de indenizar - Comprovação

- A fundamentação sucinta, desde que suficiente para embasar a decisão, não acarreta a nulidade do julgado.

- A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas e os honorários advocatícios, tem direito à gratuidade da justiça (CPC, art. 98).

- A responsabilidade da concessionária de serviço público é de natureza objetiva (CR/88, art. 37, § 6º). Assim, para que surja a obrigação da concessionária de indenizar, devem estar presentes a conduta ilícita, o dano ou prejuízo e o nexo causal entre os dois primeiros.

- Dano material é o prejuízo financeiro efetivo sofrido pela vítima, física ou jurídica, que reduz o seu patrimônio. Emergente é o que o lesado efetivamente perdeu. Cessante é o que o lesado razoavelmente deixou de ganhar. A reparação do dano material depende de comprovação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.202674-4/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Concessionária BR-040 S.A. - Apelado: Tiago de Melo Bitencourt. - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 16 de fevereiro de 2022. - *Ramom Tácio* - Relator.

Voto

DES. RAMOM TÁCIO - Cuida-se de apelação interposta por Concessionária BR-040 S.A. em face da sentença de ordem nº 39, proferida nos autos da ação de indenização ajuizada por Tiago de Melo Bitencourt, em que o MM. Juiz *a quo* julgou procedentes os pedidos iniciais para condenar a ré/apelada ao pagamento de R$5.118,15 (cinco mil cento e dezoito reais e quinze centavos), a título de danos materiais sofridos pelo autor/apelado em razão do acidente motivador do litígio.

A ré/apelante, em suas razões recursais (doc. ordem nº 42), suscita preliminarmente a nulidade da

sentença recorrida, por ausência de fundamentação, já que nela não consta argumento apto a justificar a rejeição de sua impugnação à gratuidade judiciária concedida ao autor/apelado.

Sustenta, na sequência, que a sentença deve ser reformada, pois não comprovado pelo autor/apelado que seu veículo foi atingido por objeto na pista e que danos foram causados ao automóvel, de modo a justificar a indenização requerida.

Pede o provimento do recurso, com a reforma da sentença, para que seja acolhida a impugnação à gratuidade judiciária concedida ao autor/apelante e sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais, ou, ao menos, que seja reduzido o valor fixado a título de danos materiais.

O autor/apelado apresentou contrarrazões (doc. ordem n° 48), na qual insiste na manutenção da sentença recorrida.

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Preliminar - Nulidade da sentença.

A preliminar de nulidade da sentença suscitada pela ré/apelante não procede, porquanto existe, sim, fundamentação de suporte à sentença recorrida.

De fato, o art. 93, IX, da CR/88, impõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, cabendo ao órgão jurisdicional, assim, expor as razões que o levaram a decidir a favor ou contra a pretensão que lhe foi apresentada, motivando, então, a formação de seu convencimento.

Nessa linha, a jurisprudência esclarece que a sentença que apresenta fundamentos suficientes para justificar como se chegou a determinado resultado, ainda que de forma sintética, não é nula:

> Agravo regimental em agravo em recurso especial. Medida cautelar de produção antecipada de provas. Ação de reparação de danos morais e materiais. Resolução contratual. Inadimplemento. Negativa de prestação jurisdicional. Art. 535 do CPC. Não ocorrência. Fundamentação sucinta. Cerceamento de defesa. Revisão do julgado. Reexame de provas. Inviabilidade. Súmula n° 7/STJ. Livre convencimento motivado. - 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. - A fundamentação sucinta, desde que suficiente para embasar a decisão, não acarreta a nulidade do julgado. [...] - Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp n° 571.860/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. em 18.12.2014, DJe de 02.02.2015).

No caso, da leitura da sentença, verifica-se que o MM. Juiz sentenciante expôs, suficientemente, as razões que o levaram a entender não merecer acolhimento a impugnação à gratuidade judiciária concedida ao autor/apelado.

Além do mais, o STJ também já se manifestou no sentido de que não existe irregularidade na decisão se nela não são enfrentados todos os argumentos trazidos pela parte, pois o que não se pode é deixar de analisar aquilo que possa desfazer a sua conclusão:

> Processual civil. Embargos de declaração em mandado de segurança originário. Indeferimento da inicial. Omissão, contradição, obscuridade, erro material. Ausência. - Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço. - O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. - No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente mandamus e a ação ordinária nº 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas. - Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquinar tal *decisum*. - Embargos de declaração rejeitados (EDcl no MS nº 21.315/DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF, 3ª Região), 1ª Seção, j. em 08.06.2016, *DJe* de 15.06.2016).

Dessa forma, deve ser rejeitada a preliminar de nulidade da sentença.

Justiça Gratuita.

De início, cumpre analisar o capítulo da sentença apelada em que rejeitada a impugnação à gratuidade judiciária concedida ao autor/apelado.

No art. 5º, LXXIV, CR, existe previsão de que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

A regulamentação para que haja esse tipo de benefício encontra-se nos arts. 98 a 102, do CPC, regras que revogaram, parcialmente, a Lei nº 1.060 de 05.02.1950.

No art. 98, CPC, existe previsão de que gozará na forma da lei o benefício da gratuidade judiciária, a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, que possua recursos insuficientes para liquidar custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

A gratuidade judiciária deve, assim, ser analisada caso a caso, sem que se abra mão da necessária comprovação da insuficiência de recursos, não bastando para essa comprovação a simples presença da declaração de hipossuficiência firmada pela parte.

Do juiz Lupércio Paulo Fernandes de Oliveira, cito, aliás, refinadas considerações sobre o uso e abuso da justiça gratuita:

> Definitivamente, pois, resta manifesto que a postulação e o deferimento indiscriminado da justiça gratuita, em vez de ampliar, causa sérios embaraços ao direito de ação dos hipossuficientes, porquanto o amplo acesso à justiça não impõe como pré-requisito a gratuidade universal do processo judicial, mas o acesso à ordem jurídica justa, mediante regras predefinidas para disciplinar a concessão do benefício, de preferência com base em critérios conjugados de renda e patrimônio. [...] Isso significa dizer que a gratuidade da justiça deve ser concedida para quem, de fato, precisa do benefício, sob pena de se abrir exageradamente a porta de entrada do Poder Judiciário e, no fim, se tornar extremamente complicado de encontrar a saída, a tempo e modo devidos, por causa da sobrecarga de processos e escassez de recursos humanos, estruturais e orçamentários. (Uso e abuso da justiça gratuita ante o princípio constitucional do amplo acesso à justiça e respectivos impactos no orçamento do TJMG. *Revista Amagis Jurídica*, ano VIII, nº 14, v. II, p. 126-127).

Dito isso, vejo que o autor/apelado demonstrou ter direito ao benefício pretendido, pois, pelo que se vê, encontra-se desempregado, desprovido de qualquer vínculo formal de emprego que possa lhe gerar renda estável (ordem nº 19/20).

De mais a mais, inexiste nos autos qualquer indício de que o autor/apelado possua capacidade financeira para arcar com o pagamento das despesas processuais, a tanto não bastando o mero fato de possui um automóvel.

Assim, no capítulo relativo à rejeição da impugnação à gratuidade judiciária concedida ao autor/apelado, a sentença apelada não merece qualquer reforma.

Mérito.

A controvérsia recursal está em verificar a responsabilidade da ré/apelante pela ocorrência do acidente sofrido pelo autor/apelado, causador dos danos materiais cuja indenização é por ele requerida na petição inicial.

Ora, como sabido, a responsabilidade da concessionária de serviço público é de natureza objetiva (CR/88, art. 37, § 6º), diante da aplicação da teoria do risco administrativo.

Sobre o tema, veja-se a lição de Hely Lopes Meirelles:

> A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano, do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. [...]. Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade

> impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais (*Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 547).

Assim, a concessionária somente não responderia pelos danos decorrentes do acidente ocorrido na pista automotiva sob sua administração se o evento danoso tivesse acontecido por culpa exclusiva da vítima, por fortuito externo ou por força maior.

No caso, o autor/apelante comprovou que, ao trafegar na rodovia BR 040, em virtude de estreitamento na pista, um tachão refletivo desprendeu do asfalto e colidiu com o para-brisa de seu veículo, danificando-o e causando trincas, oportunidade em que solicitou auxílio dos socorristas e solicitou fosse feito boletim de ocorrência dos fatos, além de ter tirados diversas fotos (doc. ordem 9/13):

> [...] pedi ao funcionário Igor para que me amparasse, este acionou os devidos atendentes para que fizessem um boletim de ocorrência do fato ocorrido. Uma viatura com placa PUV - 4087 chegou por volta das 13:43 horas e o socorrista Aleixo tirou todas as fotos do carro, da avaria, documentos, CNH e assim fez o referido boletim. [...]. Por outro lado, a ré/apelante não provou a ocorrência de nenhuma das mencionadas hipóteses excludentes de sua responsabilidade civil pelo sinistro (CPC, art. 373, II).

Ora, a alegação da ré/apelante no sentido de não há provas de que o acidente ocorreu na pista e que danos foram gerados no veículo do autor/apelado não procede, pois a causa direita do sinistro foi a sua conduta negligente, ao deixar de observar o seu dever de prestar um serviço seguro e eficiente ao usuário do serviço (art. 6°, I, Lei n° 8.987/95), omitindo-se na conservação da rodovia, mantendo-a livres de obstáculos.

Ainda que assim não fosse, a ré/apelante não fez prova alguma de que cumpriu com as suas obrigações de inspeção constante da rodovia (CPC, art. 373, II).

Com efeito, é dever da concessionária de serviço público prestar um serviço adequado, eficiente, seguro e livre de perigos aos usuários do seu serviço, o que não aconteceu no caso concreto.

A propósito, veja-se a jurisprudência do STJ, deste Tribunal e inclusive desta Câmara, em casos semelhantes:

> Apelação cível. Ação de indenização. Acidente em rodovia privatizada. Responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público. Ano e nexo causal. Comprovação. Dever de indenizar. Danos materiais. Demonstrados. Danos morais. Arbitramento. - As pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público respondem objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, somente sendo possível afastar o dever de indenizar, mediante comprovação de culpa exclusiva da vítima ou da ocorrência de caso fortuito ou força maior. - Incumbe à sociedade privada concessionária de serviço público, ligada ao setor de estradas e rodovias, zelar para que os veículos que transitam pelas rotas privatizadas estejam a salvo de perigos previsíveis, fornecendo pavimentação de boa qualidade e sinalização eficiente, assegurando também a ausência

de materiais/objetos no leito da pista de rolamento que possam vir a ocasionar sinistros. - Restando incontroversa a conduta ilícita e sendo este o fator determinante para ocorrência o acidente, é indene de dúvidas o dever de indenizar da concessionária de serviço público. - Os danos materiais não se presumem. A prova da existência da diminuição patrimonial (dano emergente) constitui pressuposto de procedência do pedido, não bastando a sua mera probabilidade ou indicação abstrata de valores. - As lesões decorrentes de acidente de trânsito, mormente nas hipóteses em que se faz necessária intervenção cirúrgica, extrapolam o plano dos meros aborrecimentos e dissabores e, portanto, ensejam indenização por danos morais. - O arbitramento do dano moral deve ser realizado com moderação, em atenção à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, sem se descurar do sentido punitivo da condenação (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.13.126798-1/001, Rel. Des. Cláudia Maia, 14ª Câmara Cível, j. em 28.10.2021, p. em 28.10.2021).

Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Atropelamento de animal. Empresa concessionária de serviço público. Responsabilidade objetiva. Reexame de provas. Incidência da Súmula nº 7/STJ. Decisão mantida. - "As pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público - concessionárias e permissionárias - respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros" (AgRg no AREsp nº 16.465/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. em 22.04.2014, *DJe* 02.05.2014). [...] - No caso concreto, o Tribunal de origem se baseou nas circunstâncias fáticas dos autos para concluir que foi comprovada a omissão da concessionária, devido à ausência de fiscalização regular da pista de rolamento. - Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp nº 838.337/PR, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. em 02.08.2016, *DJe* de 09.08.2016).

Agravo regimental no agravo de instrumento. Ação de reparação de danos causados a viatura policial que trafegava em rodovia mantida por concessionária de serviço público. Acidente de trânsito. Atropelamento de animal na pista. Relação consumerista. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade objetiva da concessionária. Incidência do código de defesa do consumidor. Precedentes. Inexistência de excludente de responsabilização. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag nº 1067391/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 25.05.2010, *DJe* de 17.06.2010).

Apelações cíveis. Ilegitimidade passiva. Teoria da aparência. Grupo econômico. Preliminar de ilegitimidade passiva. Rejeição. Ação indenizatória. Acidente de trânsito. Rodovia. Responsabilidade civil. Concessionária de serviço público. Atropelamento de animal na pista de rolamento. Excludentes de responsabilidade. Não configuração. Culpa exclusiva de terceiro. Inocorrência. Caso fortuito externo. Inocorrência. Fortuito interno. Dever de indenizar. [...] - A concessionária de serviços rodoviários se subordina aos ditames do Código de Defesa do Consumidor em suas relações com os usuários. Por consectário, é objetiva a responsabilidade por defeito na prestação do serviço. - O dever de guarda e vigilância que se impõe ao dono de animal não afasta o dever, outro, da concessionária, de preservar a segurança e o bom funcionamento do serviço prestado, com a adoção de medidas que mantenham a pista de rolamento desimpedida e livre de perigos previsíveis. - Impedir a invasão de pista de rolamento por animais se insere no âmbito das atividades da concessionária, notadamente no dever de manter o serviço seguro e eficiente (art. 6º,

> I, Lei nº 8.987/95). [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0145.09.550869-6/001, Rel. Des. José Marcos Vieira, 16ª Câmara Cível, j. em 03.05.2017, p. em 12.05.2017).
>
> Apelação cível. Ação indenizatória. Preliminar de ilegitimidade passiva. Rejeitar. Animal na rodovia. Responsabilidade objetiva da concessionária da rodovia. [...] - É dever da concessionária responsável pela rodovia a adoção de medidas preventivas necessárias para coibir a invasão da pista por animais oriundos das propriedades limítrofes. São ônus decorrentes de sua função (TJMG - Apelação Cível nº 1.0027.13.002255-4/001, Rel. Des. Pedro Aleixo, 16ª Câmara Cível, j. em 09.02.2017, p. em 20.02.2017).

Assim, ficou configurada a responsabilidade da ré/apelante pelo acidente sofrido pelo autor/apelado, de modo que ela deve indenizá-lo pelos danos sofridos (CC, art. 186).

Nessa linha, quanto aos danos materiais sofridos pelo autor/apelado em razão desse acidente, vê-se que esses danos existiram, conforme fotos da avaria e orçamento de conserto do automóvel anexados aos autos (ordem nº 13/14).

Acertada a presença do dano material, seu valor também foi corretamente fixado na sentença apelada, porquanto em conformidade com o orçamento apresentado pelo autor/apelado (ordem nº 14).

Ora, como se sabe, dano material é o prejuízo financeiro efetivo sofrido pela vítima, física ou jurídica, que reduz o seu patrimônio e, uma vez comprovado esse dano pelo autor/apelado, em virtude do ato ilícito perpetrado pela ré/apelante, faz ele jus à indenização correspondente.

Portanto, a sentença de 1º grau deve ficar de pé.

Com tais razões de decidir, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.

Condeno a apelante ao pagamento das custas recursais.

Quanto aos honorários advocatícios fixados na condenação de 1º grau, passo eles para 12% (doze por cento) do valor da condenação, compreendidos os recursais (CPC, art. 85, § 11).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCOS HENRIQUE CALDEIRA BRANT E RINALDO KENNEDY SILVA.

Súmula - REJEITAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação indenizatória - Agressão física - Atendimento hospitalar - Testemunhas compromissadas - Ausência de contradita - Danos morais - Configuração - Fixação do *quantum* indenizatório - Razoabilidade e proporcionalidade - Manutenção.

- Não ocorrendo a contradita da testemunha no momento oportuno e, sendo inquirida com o compromisso legal, está preclusa a afirmação de parcialidade em sede recursal. O depoimento prestado por testemunha ocular é, no caso dos autos, o elemento de convicção mais valioso para desate da lide, por se tratar de testemunha que presenciou o início dos fatos. Tem-se por evidenciado o dano moral, uma vez que o apelado teve sua integridade física atingida injustamente e foi submetido a vexame e humilhação no seu ambiente de trabalho. Aquele que tem sua saúde e bem estar abalados suporta constrangimento íntimo e violação de seus atributos personalíssimos. Levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto, em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, entendo que o valor arbitrado pelo d. Julgador de primeiro grau é adequado e deve ser mantido.

Apelação Cível nº 1.0000.22.037017-5/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Robson de Almeida - Apelado: Jhoene Teixeira de Oliveira. – Relator: Des. Baeta Neves.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 15 de junho de 2022. - *Baeta Neves*. – Relator.

Voto

DES. BAETA NEVES - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Robson de Almeida, contra a sentença de ordem nº 147, proferida pelo Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, que, nos autos da ação de indenização proposta por Jhoene Teixeira de Oliveira, julgou procedente os pedidos iniciais nos seguintes termos dispositivos:

> Por todo o exposto, julgo procedente o pedido inicial, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil.
>
> I) Condeno o réu ao pagamento da quantia de R$10.000,00 (dez mil reais) ao autor, a título de indenização por danos morais. Tal importância será corrigida a partir da presente sentença pela tabela da Corregedoria Geral de Justiça de Minas Gerais (súmula 362, do c.

> Superior Tribunal de Justiça), acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde o evento danoso (súmula 54/STJ).
>
> II) Condeno o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes, que fixo em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, levando-se em consideração os critérios especificados no art. 85, § 2º, do CPC. Suspensa, contudo, a exigibilidade da obrigação diante da gratuidade da justiça, nos termos do art. 98, §§ 2º e 3º, do CPC. P.R.I.

Em suas razões (ordem nº151), o apelante alegou que: as questões fáticas não foram devidamente esclarecidas; as provas produzidas são frágeis e parciais, posto que as testemunhas ouvidas são colegas de trabalho do autor e detêm vínculo de amizade com ele; as testemunhas Sra. Joana Darc Gaspar Santos e Erica Aparecida Montini não presenciaram o início da briga. Por outro lado, informa que a testemunha Sra. Luiza dos Passos Siqueira "afirma que o Sr. Jhoenne, provocou o Sr. Robson até que todos os fatos aqui narrados desembocassem na agressão reciproca havida entre as partes". Assim, discorre sobre a ausência do preenchimento dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil. À eventualidade, pugna pela minoração do importe fixado a título de indenização por danos morais.

Ausente o recolhimento do preparo por ser a recorrente beneficiária da gratuidade da justiça.

Em contrarrazões (ordem nº155), a apelada pugnou pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos e os pressupostos de sua admissibilidade.

A controvérsia recursal cinge-se ao exame do acertamento do pronunciamento judicial de mérito que reconheceu a prática de ato ilícito pelo apelante ao agredir o apelado, condenando-o ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$10.000,00 (dez mil reais), corrigido monetariamente com base nos índices da Corregedoria Geral de Justiça desde a data da sentença e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde o evento danoso.

Sobre o instituto da responsabilidade civil, vejam-se os artigos 927, 186 e 187 do Código de Civil:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
>
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

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

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

Da análise conjunta dos dispositivos retro, depreende-se que a regra geral de responsabilidade civil no direito brasileiro estabelece como sendo três os requisitos do nascedouro do dever de indenizar, quais sejam: (01) nexo de causalidade, (02) dano e (03) conduta humana voluntária (comissiva ou omissiva) culposa do agente.

Com relação ao último elemento, preleciona o ilustre doutrinador Sérgio Cavalieri Filho que "o agente só pode ser pessoalmente censurado quando, em face das circunstâncias concretas da situação, seja possível afirmar que ele deveria e poderia ter agido de outro modo" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 11ª ed., Editora Atlas, p. 39).

Pois bem.

Em exame detido das razões recursais, conclui-se que a pretensão do apelante não merece acolhimento.

Na espécie, incontroverso as lesões físicas sofridas pelo apelado, decorrentes da briga com o apelante.

Porém, o apelante sustenta que o estopim para a ocorrência das agressões foi ocasionado pela conduta do próprio apelado, que se negou a prestar o atendimento solicitado ao Sr. Geraldo (pai do recorrente), respondendo ainda de forma rude e grosseira, tendo, inclusive, murmurado palavras de baixo calão ao recorrente, deflagrando a briga com agressões mútuas.

Em sede de instrução processual, foram ouvidas quatro testemunhas. Todavia, vê-se que apenas a testemunha Daiane Favero Orlando declarou ter presenciado o início da briga, assim pronunciando:

> que tal senhor foi entrando dentro do posto e mandando darem-lhe uma luva porque ele iria fazer o serviço da enfermagem; que o autor recusou o fornecimento das luvas e disse que ao final do que estava fazendo iria ao leito do paciente e verificaria a situação; que o acompanhante empurrou o autor e a depoente assuou-se levantando da cadeira; que a depoente disse surpresa "o que é isso moço?" e o acompanhante começou a agredir o autor; que o acompanhante passou a arrasar o autor dentro do posto de enfermagem [...].

As demais testemunhas ouvidas afirmaram não terem presenciado o início dos fatos, sendo tais depoimentos inservíveis para esclarecimento acerca de quem teria dado causa ao início da briga.

O boletim de ocorrência policial somente contém a versão do apelado, circunstância que torna frágil sua valia probatória.

Deflui que o depoimento prestado por Daiane Favero Orlando, é, por excelência, o elemento de convicção mais valiosos para desate da lide, por se tratar da única testemunha que presenciou o início dos fatos.

Acerca da alegada parcialidade dessa testemunha, registro que não houve sua contradita no momento oportuno, ou seja, na audiência realizada em 14.05.2019, sendo inquirida com o compromisso legal. Assim, está preclusa a afirmação de parcialidade somente agora, na fase de recurso.

Invoca-se a jurisprudência:

> Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Deserção. Inocorrência. Testemunhas compromissadas. Ausência de contradita. Arguição de imparcialidade. Preclusão. Vídeo publicado no Facebook. Veracidade do conteúdo comprovada. Afronta à honra objetiva não demonstrada. Improcedência. Sentença mantida. - Comprovado o pagamento do preparo recursal, na forma preconizada pelo artigo 1.007do NCPC, não há que se falar em deserção. - Constatando-se que as testemunhas não foram contraditadas a tempo e modo na forma prevista no artigo 457, § 1º, do Novo CPC, operou-se a preclusão da matéria, não sendo possível questionar a imparcialidade dos depoimentos nas razões da apelação. - A pessoa jurídica não tem direito à reparação por dano moral se não demonstrar a ocorrência do ato ilícito e o abalo em sua honra objetiva. - Estando demonstrada a veracidade do conteúdo do vídeo veiculado pelo réu, não há que se falar em ofensa à honra objetiva da empresa autora (TJMG - Apelação Cível 1.0000.19.153438- 7/001, Relator: Des. Marcos Lincoln, 11ª Câmara Cível, j. em 17.04.2020, p. em 29.04.2020).

Percebe-se ainda que o apelante insiste repetida vezes na suposta conduta grosseira e omissão do recorrido, o qual teria ficado batendo papo com suas colegas, ao invés de prestar o atendimento solicitado.

Todavia, havendo eventual resistência por parte do apelado em prestar o regular atendimento ao Sr. Geraldo, caberia ao recorrente repassar a situação aos coordenadores da unidade hospitalar, para apuração dos fatos.

Certo é que inexiste qualquer recomendação para que o acompanhante de paciente adentre as dependências do hospital pretendendo realizar um procedimento técnico por conta própria.

Feitas essas considerações, tem-se por evidenciado o dano moral, uma vez que o apelado teve sua integridade física atingida injustamente e foi submetido a vexame e humilhação no seu ambiente de trabalho. Aquele que tem sua saúde e bem estar abalados suporta constrangimento íntimo e violação de seus atributos personalíssimos.

A propósito, *mutatis mutandis*:

> Apelação cível. Ação indenizatória. Relacionamento íntimo entre os litigantes. Agressões físicas e psicológicas desferidas pelo réu contra a autora. Verificação. Responsabilidade civil do postulado. Caracterização. Demanda penal pendente de julgamento. Irrelevância. Juízos independentes. Dano moral suportado pela requerente. Valor condenatório. Critérios de arbitramento. Agravamento, em razão da singularidade da situação. Termo inicial dos juros moratórios. Matéria de ordem pública. - Aquele que pratica ato ilícito a acarretar dano a outrem está sujeito à reparação civil, consoante as redações dos arts. 186 e 927, do CCB/2002. - Verificado nos autos que, durante o relacionamento que existia entre as partes, o Réu adotou comportamento violento contra a Autora, violando as incolumidades

> física e psíquica da Demandante, que consubstanciam direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, é manifesto o dever do Requerido de reparar a lesão moral suportada pela vítima. - A teor do art. 935, do Código Civil, "A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.". Nesse contexto, somente não é possível discutir eventual obrigação cível pelo acusado, quando, na esfera penal, haja a proclamação da inocência do agente, em virtude da inexistência do fato ou da não comprovação da autoria, o que não é o caso dos autos. - Para a fixação do valor da indenização extrapatrimonial devem ser observados os critérios de moderação, proporcionalidade e razoabilidade, em sintonia com o ato ilícito e as suas repercussões, bem como os parâmetros jurisprudenciais, não podendo ser desconsideradas as singularidades da situação em litígio, com destaque para o fato de que os atos de violência foram perpetrados pelo Demandante contra a Requerente, mulher, em posição de vulnerabilidade, que, naturalmente, nutria sentimentos de afeto e confiança pelo agressor, com quem se relacionava. - Em se tratando de vínculo extracontratual, os juros de mora sobre o quantum condenatório devem incidir a partir do evento danoso, conforme a Súmula nº 54, do Colendo Superior Tribunal de Justiça (TJMG - Apelação Cível 1.0000.21.144179-5/001, Relator: Des. Roberto Vasconcellos, 17ª Câmara Cível, j. em 01.12.2021, p. em 02.12.2021).

Uma vez configurada a responsabilidade civil, nos termos acima expostos, revela-se acertada a condenação do apelante aos danos morais sofridos pelo apelado em decorrência da agressão ocorrida.

Com relação ao *quantum* indenizatório, esse competirá ao prudente arbítrio do julgador que, tendo em vista os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, deverá estabelecer uma reparação equitativa, levando-se em conta as peculiaridades de cada caso, como a culpa do agente, a extensão do prejuízo causado e a capacidade econômica do agressor.

Sobre o tema, leciona Sérgio Cavalieri Filho:

> Cremos que na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o Juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 2019, p. 136).

Ademais, o STJ já decidiu que

> os danos morais indenizáveis devem assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de sopesar a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrável à luz da proporcionalidade da ofensa, calcada nos critérios da exemplaridade e da solidariedade (REsp nº 1124471/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma do STJ, p. em 01.07.2010).

Assim, levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto, em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, entendo que o valor arbitrado pelo d. Julgador de primeiro grau é adequado e deve ser mantido.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Condeno o recorrente ao pagamento das custas e das despesas recursais. Deixo de majorar o importe dos honorários advocatícios de sucumbência (nos termos dos §§ 1º e 11 do art. 85 do CPC) diante da interposição do recurso, porquanto já arbitrados no máximo legal de 20% (vinte por cento) do valor da condenação. Suspensa a exigibilidade das verbas por litigar a parte sob o pálio da gratuidade da justiça.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Evandro Lopes da Costa Teixeira e Aparecida Grossi.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação anulatória de contrato bancário - Contratante absolutamente incapaz - Sentença de interdição - Efeitos *ex tunc* - Interdição posterior à celebração do contrato de empréstimo - 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 1.0000.22.053997-7/001 - Comarca de Arinos - Apelante: Maria das Dores Estrela da Rocha - Apelado: Banco do Brasil S/A. – Relator: Des. Baeta Neves.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 08 de junho de 2022. - *Baeta Neves*. – Relator.

Voto

DES. BAETA NEVES - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Maria das Dores Estrela da Rocha, contra a r. sentença de ordem nº 16, que, nos autos da ação anulatória de contrato de empréstimo c/c pedido de restituição de parcelas pagas ajuizada pela autora em desfavor de Banco do Brasil S/A, que julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil e condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixou em 10% (dez por cento) do valor da causa, nos termos do art. 85, § 2º, incisos I a IV, do Código de Processo Civil. Suspensa a exigibilidade de tais verbas, ante a gratuidade judiciária deferida. Por fim, revogou os efeitos da liminar concedida.

A autora apelou (ordem nº 20), alegando, em apertada síntese, que os empréstimos foram feitos mediante a utilização de senha e cartão pessoal não afasta a responsabilidade do apelado e apenas

demonstra a falha da prestação do serviço da instituição financeira, que concedeu empréstimo a pessoa incapaz sem observar os requisitos para a validade de tais negócios. Requer que seja dado provimento à presente apelação, para o fim de reformar a r. sentença, dando procedência ao pedido formulado na exordial com a anulação do suposto contrato nº 882349979, restituição dos descontos indevidos e indenização por danos morais, em razão da extensão do dando causado.

Preparo isento por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Contrarrazões (ordem nº 23), pelo desprovimento do recurso e manutenção do julgado.

Retirado o feito da pauta de julgamento e determinada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça considerando ser a parte autora interditada judicialmente, manifestação do órgão à ordem nº 27, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídica c/c repetição do indébito, indenização por danos morais e pedido de tutela de urgência antecipada, ajuizada por Maria das Dores Estrela da Rocha, em face Banco do Brasil S/A, na qual aduz a autora que o banco incluiu um empréstimo em seu benefício previdenciário sem a sua prévia anuência, no valor de R$15.000,00 (quinze mil reais), divididos em 48 (quarenta e oito) parcelas de R$714,31 (setecentos e quatorze reais e trinta e um centavos), sendo descontados até o momento 25 (vinte e cinco) parcelas.

O Banco do Brasil devidamente citado, com a apresentação da tese defensiva, refutando as teses da exordial, demonstrando a legitimidade do débito e o exercício regular de seu direito ao proceder com a cobrança dos débitos, pugnando pela improcedência dos pedidos.

Sobreveio a r. sentença, a qual julgou improcedentes os pedidos autorais.

Pois bem.

Como sabido, 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, quando o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; 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 idéia 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 (STOLZE, Pablo. Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral, vol. I, Ed. Saraiva).

No caso dos autos, é incontroverso que o empréstimo consignado objeto da lide foi celebrado antes da interdição da autora.

Contudo, não há como concluir que a consumidora autora, ora apelante, tenha sido prejudicada na contratação, pois recebeu do banco réu, ora apelado, o valor que pretendia à taxa de juros própria da espécie de contratação - empréstimo BB crediário.

Acrescente-se que a má-fé não se presume, deve, pois, ser comprovada, do que não se tem notícia nos autos, até mesmo porque a autora compareceu à agência bancária, contratou em terminal de autoatendimento, sendo assinada eletronicamente pela parte autora, após imposição de cartão magnético e senha/código pessoal.

Assim, apesar da sentença que interditou a consumidora autora, declarando a sua incapacidade civil absoluta em razão de alienação mental, o contrato de empréstimo por ela 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.

Com esses fundamentos, nego provimento ao recurso, para manter a sentença.

Condeno a autora, ora apelante, no pagamento das custas processuais, inclusive recursais, e majoro os honorários dos advogados da parte requerida, para 12% (doze por cento) do valor atualizado da causa, observada a gratuidade da justiça.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Evandro Lopes da Costa Teixeira e Aparecida Grossi.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Rescisão contratual - Contrato de prestação de serviços para realização de baile de formatura - Evento não realizado em decorrência da pandemia Covid-19 - Ausência de culpa de quaisquer das partes - Devolução dos valores pagos - Possibilidade - Cláusula penal - Não cabimento - Lei Federal nº 14.046 de 2020.

- A Lei Federal nº 14.046, de 24 de agosto de 2020, dispõe sobre as medidas emergenciais para atenuar os efeitos da crise decorrente da pandemia da Covid-19 nos setores de turismo e de cultura (Redação dada pela Lei nº 14.186, de 2021).

- Demonstrada a inviabilidade de remarcação do evento, se mostra cabível a devolução dos valores pagos pelo contratante, nos termos da Lei nº 14.046/20.

- A Lei nº 14.046/20 veda a aplicação de multa em decorrência da impossibilidade de cumprimento do contrato pactuado, diante da inexistência de culpa por quaisquer das partes, haja vista que tal circunstância é decorrente de uma situação extraordinária, de força maior, ou seja, estado pandêmico - Covid-19.

Apelação Cível nº 1.0000.21.249403-3/001 - Comarca De Paracatu - Apelantes: Associação dos Formados de 2020 do Curso de Medicina da Faculdade Atenas, RD Central de Eventos Ltda. - ME - Apelados: Associação dos Formados de 2020 do Curso de Medicina da Faculdade Atenas, RD Central de Eventos Ltda. – ME. – 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 da parte ré e dar provimento ao recurso da parte autora.

Belo Horizonte, 15 de junho de 2022. - *Evandro Lopes da Costa Teixeira*. – Relator.

Voto

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA - Trata-se de recursos de apelação, interpostos contra sentença de ordem nº 135 integrada pela decisão de ordem nº 142 que, na Ação de Resolução Contratual c/c Devolução de Valores Pagos proposta pela Associação dos Formandos de 2020 do Curso de Medicina da Faculdade de Atenas em face de RD Central de Eventos Ltda. - ME, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para afastar a aplicabilidade da cláusula de nº 15, do contrato de resolução do contrato de prestação de serviços celebrados pela Associação dos For-

mados de 2020 do Curso de Medicina da faculdade Atenas e RD Central de Eventos EIRELI - ME, isentando-a do pagamento da multa pela rescisão contratual, sem direito, contudo, de reembolso dos valores pagos caso decida não remarcar o evento dentro do prazo legalmente estabelecido. Diante da sucumbência recíproca e considerando que o proveito econômico obtido pela autora foi de R$328.000,00 (trezentos e vinte e oito mil reais) e pela ré R$618.940,54 (seiscentos de dezoito mil, novecentos e quarenta reais e cinquenta e quatro centavos), condenou a autora ao pagamento de 2/3 (dois terços) das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento), cuja base de cálculo deverá ser a soma de tais valores, ficando a ré condenada ao pagamento de 1/3 (um terço) de tais verbas. Por fim, julgou totalmente improcedente o pedido formulado na reconvenção e condenou a ré/reconvinte nas custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios que fixou em 10% (dez por cento) do valor atualizado pretendido na reconvenção, visto que a verba de sucumbência da reconvenção não se confunde com a do pedido principal, nos termos do art. 85, § 1º, primeira parte, do CPC.

Em suas razões recursais (documento de ordem nº 146), a parte autora sustenta que, em meados do ano de 2020, em razão da pandemia de COVID-19 que assolou todo o mundo, o Governo Federal sancionou a Lei nº 14.040/2020, antecipando a formatura dos estudantes dos cursos da área da saúde como forma de reforço à linha de frente no combate ao vírus, momento em que seus associados colaram grau e prontamente se espalharam por diversas cidades de nosso país, o que tornou impossível a realização do evento. Assevera que, ao celebrarem o contrato de prestação de serviços objeto de discussão, as partes fizeram-lhe incluir a cláusula 17, a qual dispõe o tratamento que as partes gostariam que fosse dado na hipótese de ocorrência de caso fortuito ou força maior; invoca a aplicação do principio *pacta sunt servanda*. Destaca que, mesmo diante da situação da pandemia, não se pode querer penalizar o consumidor, a fim de transferir o risco da atividade assumida pelo fornecedor, em nome da preservação da sua saúde financeira, já que o consumidor não compartilha em nada dos seus lucros. Diz que o direito ao reembolso não deixa de existir, principalmente frente ao preceito que ninguém é obrigado a manter-se em uma relação jurídica contra sua vontade, sempre lhe sendo garantido até mesmo a rescisão unilateral imotivada, arcando com pagamento de multas, quem dirá em situação prevista contratualmente e declaradamente de caso fortuito ou força maior. A imposição da decisão apelada é uma forma agressiva de atuar na autonomia da vontade do consumidor, uma vez que está compelindo o consumidor a aceitar um produto diferente do contratado, em que é manifesta a impossibilidade de sua realização, evidenciada não só porque se tratava de uma festa de formatura na qual colação de grau já foi realizada, perdendo a "magia" da ocasião formatura, mas também porque os associados da apelante se mudaram para diversas cidades do país, sendo impossível a reunião de todos em um único lugar futuramente dado seus compromissos profissionais (plantões, concursos, residências, escalas hospitalares). Alternativamente, sustenta que deve ser considerada a norma vigente na data da manifestação extrajudicial sobre a necessidade de cancelamento do evento devido à impossibilidade de sua de remarcação, devendo incidir os efeitos da norma vigente naquele momento, principalmente no que tange ao reembolso dos valores, ou seja, o evento deveria ser realizado em até 12 (doze) meses após o encerramento do Estado de Calamidade Pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020,

ou seja, até o dia 31 de dezembro de 2021 e, como isso não ocorreu, cabível o reembolso. Como última possibilidade, requer seja considerada a hipótese de rescisão unilateral, com aplicação de multa nos termos da petição inicial, dado que no momento a apelada ficará sem a quantia investida e sem a realização de evento, sendo incoerente a posição.

A parte ré, por sua vez, em razões de recurso, sustenta, em síntese (documento de ordem nº 153), que, após a r. sentença, verificou-se que o pedido autoral pela extinção do contrato fora julgado improcedente e nesses termos a reconvenção que requeria a aplicação da multa, em caso de procedência deste pedido, perdeu seu objeto, portanto, não houve sucumbência de sua parte. Requer a reforma da sentença, a fim de que seja afastada a condenação nos ônus sucumbenciais da ação reconvencional.

Contrarrazões (documentos de ordem nºs. 159 e 161).

Juízo de admissibilidade.

Conheço dos recursos, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Registro que procederei à análise conjunta dos apelos, haja vista que as matérias alegadas se acham entrelaçadas.

Preliminar.

Sem preliminares.

Mérito.

É fato notório que a pandemia de Covid-19 culminou no cancelamento de diversos eventos, como no caso em tela, inviabilizando a realização do baile de formatura da parte autora.

A União encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Decreto Legislativo, aprovado no dia 20.03.2020, reconhecendo o estado de calamidade pública ou força maior no Brasil em decorrência da pandemia do Coronavírus.

O cenário de pandemia ensejou a edição de atos normativos de restrição da atividade econômica pelo poder público, evidenciando o chamado "fato do príncipe" a gerar o desequilíbrio das condições objetivas dos contratos em epígrafe.

No tocante à alegada força maior e motivo imprevisível (teoria da imprevisão), o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 383/2020 e o Governo Federal, através da Lei nº 14.040/2020, antecipando a colação de grau de todos os estudantes da área da saúde, visando à inserção de tais profissionais na linha de frente da pandemia.

De acordo com o art. 5º da Lei Federal nº 14.046, de 24 de agosto de 2020:

> Art. 5º. Eventuais cancelamentos ou adiamentos dos contratos de natureza consumerista regidos por esta Lei caracterizam hipótese de caso fortuito ou de força maior, e não são cabíveis reparação por danos morais, aplicação de multas ou imposição das penalidades previstas no art. 56 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, ressalvadas as situações previstas no § 7º do art. 2º e no § 1º do art. 4º desta Lei, desde que caracterizada má-fé do prestador de serviço ou da sociedade empresária.

De fato, a situação em estudo é tutelada pela Lei nº 14.046 de 2020, que autoriza o reembolso dos valores pagos pela apelada até o dia 31.12.2022.

Contudo, a Lei Federal nº 14.046, de 24 de agosto de 2020, dispõe sobre medidas emergenciais para atenuar os efeitos crise criada da Covid-19 nos setores de turismo e de cultura.

Em razão do contexto dessa pandemia, não há como atribuir culpa a nenhuma das partes contratantes, conforme disposto no artigo acima mencionado.

Nos termos do art. 478 do Código Civil:

> Art. 478: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Ao comentar tal dispositivo, leciona Sílvio de Salvo Venosa:

> A possibilidade de intervenção judicial no contrato ocorrerá quando um elemento inusitado e surpreendente, uma circunstância nova, surja no curso do contrato, colocando em situação de extrema dificuldade de um dos contratantes, isto é, ocasionando uma excessiva onerosidade em sua prestação. O que se leva em conta, como se percebe, é a onerosidade superveniente (VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2010, p. 495).

Nos termos do art. 6º, incs. V e VI, do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:
>
> V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
>
> VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; [...].

Nessa esteira, basta o fato novo superveniente, gerador do desequilíbrio, para se admitir a revisão por simples onerosidade excessiva.

Na preleção de Flávio Tartuce:

> Como é notório, a Lei nº 8.078-1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, constitui norma de ordem pública e de interesse social, pelo que consta em seu art. 1º, sendo também norma principiológica pela previsão expressa de proteção aos consumi-

> dores constante no Texto Maior, particularmente nos arts. 5º, XXXII e 170, III. Na esfera contratual, o CDC inseriu no sistema a regra de que mesmo uma simples onerosidade excessiva ao consumidor poderá ensejar a chamada revisão contratual por fato superveniente (TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. vol. único. 6. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 664).

Na hipótese, não se mostra razoável obrigar à parte autora que aguarde o final da pandemia para que haja a realização da festa de formatura, até mesmo pelo fato de que os formandos já colaram grau, exercem suas profissões e provavelmente nem mais residem na cidade.

Também não se mostra possível a aplicação da multa em razão do descumprimento contratual.

Isso porque no caso dos autos, a festa de formatura não ocorreu em virtude da pandemia de Covid-19, ou seja, nenhuma das partes concorreu para o inadimplemento contratual.

Nesse contexto, não cabe obrigar qualquer das partes a realizar as festividades de formatura em datas diversas das pactuadas, mesmo porque não acabou a pandemia de Covid-19, não existindo a mínima possibilidade de prever a duração dessa situação.

Ademais, não se mostra razoável exigir que a parte autora aguarde por tempo indeterminado a realização do evento, mantendo a relação contratual, cujo objeto acabou por se tornar inviável para ambas as partes.

Consequentemente, a rescisão contratual revela-se como medida mais adequada na espécie, com a devolução do valor pago pela parte autora de forma integral, em única parcela, permanecendo afastada a aplicação da cláusula penal.

Nesse contexto, resta prejudicada a tese da parte ré quanto aos ônus de sucumbência referentes ao pedido reconvencional.

Em caso idêntico, já se posicionou este Tribunal de Justiça:

> Apelação cível ação de resolução contratual c/c devolução dos valores pagos. Contrato de prestação de serviços para realização de baile de formatura. Festa de formatura. Não ocorrência em virtude da pandemia Covid-19. Ausência de culpa. Multa. Impossibilidade. Lei federal nº 14.046 de 2020. Inaplicabilidade. Verba honorária de sucumbência. Manutenção. Sentença mantida. - A Lei Federal nº 14.046, de 24 de agosto de 2020, dispõe sobre as medidas emergenciais para atenuar os efeitos da crise decorrente da pandemia da Covid-19 nos setores de turismo e de cultura. (Redação dada pela Lei nº 14.186, de 2021). - A multa tem a finalidade de compelir o devedor a adimplir rigorosamente a obrigação estabelecida pelo Judiciário, garantindo-se, assim, a efetividade da decisão jurisdicional. Todavia, se a festa de formatura não ocorreu em virtude da pandemia Covid-19, não há culpa das partes, motivo pelo qual não se verifica a incidência da cláusula penal. - A verba honorária deve ser mantida quando compatível com a complexidade do feito e o tempo de tramitação da demanda, respeitando-se os parâmetros previstos no art. 85, § 2º, do CPC (TJMG - Apelação Cível 1.0000.21.270886-1/001, Relator: Des. Habib Felippe Jabour, 18ª Câmara Cível, j. em 08.02.0022, p. em 09.02.2022).

Posto isso, nego provimento ao recurso da parte ré e dou provimento ao recurso da parte autora para julgar procedente o pedido inicial, para o fim de rescindir o contrato firmado entre as partes, bem como condenar a parte ré a devolver à parte autora o valor pago, acrescido de correção monetária, de acordo com os índices da CGJMG, desde a data da notificação extrajudicial, e de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação. Quanto ao mais mantenho a sentença.

Condeno a parte ré ao pagamento integral das custas e dos honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Majoro a verba honorária de sucumbência para 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, a teor do art. 85, § 11, do CPC/2015.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Aparecida Grossi e Amauri Pinto Ferreira.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DA PARTE RÉ E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DA PARTE AUTORA.

Apelação cível - Direito civil e processual civil - Ação de cobrança – DPVAT - Reembolso de despesas médicas - Requisitos legais - Nexo de causalidade com o acidente – Comprovação - Pagamento devido - Invalidez parcial - Extensão dos danos - Correção monetária e juros - Súmulas 426 e 580 do STJ – Honorários - Recurso não provido.

- O reembolso das Despesas de Assistência Médica e Suplementares – DAMS - está condicionado à comprovação do acidente e das despesas realizadas pela vítima com o seu atendimento por hospital, ambulatório ou médico assistente, nos termos do art. 5º, § 1º, *b*, da Lei 6.194/74.

- A indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau da invalidez (Súmula nº 474 do Colendo STJ).

- Na ação de cobrança de indenização do seguro DPVAT, a correção monetária incide a partir da data do evento danoso e os juros de mora fluem a partir da citação (Súmulas 580 e 426 do STJ).

- Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (art. 85, § 2º, do CPC).

Apelação Cível nº 1.0002.19.000061-8/002 - Comarca de Abaeté - Apelante: Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A - Apelado: Fabricio Anatan do Carmo. – Relator: Des. Habib Felippe Jabour.

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, 21 de junho de 2022. - *Habib Felippe Jabour*. – Relator.

Voto

DES. HABIB FELIPPE JABOUR - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Seguradora Líder do Consórcio do Seguro DPVAT S.A. (ordem 69), contra a sentença proferida na ação de cobrança (ordem 68), proposta por Fabrício Anatan do Carmo, que julgou procedentes os pedidos iniciais e concluiu:

> Ante o exposto, com fulcro no artigo 487, I, do Código de Processo Civil, julgo procedentes os pedidos vestibulares e condeno a ré a pagar ao autor o importe de R$7.087,50 (sete mil e oitenta e sete reais e cinquenta centavos) referente à Indenização de Seguros DPVAT, bem assim a quantia de R$2.700,00 (dois mil e setecentos reais), a título de despesas médicas e suplementares. Tais valores deverão ser atualizados monetariamente, pelos índices publicados pela Corregedoria-Geral de Justiça, a partir da data do acidente (29 de novembro de 2016) - Súmula 43/STJ -, com a incidência de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, computados a partir da citação, conforme o estipulado pelo artigo 406, do Código Civil e pela Súmula 426, do Superior Tribunal de Justiça. Condeno a ré, outrossim, no pagamento das custas, despesas processuais e honorários de sucumbência ao advogado do autor, os quais arbitro em 10% (dez por cento) do valor da condenação, em atenção ao grau de zelo do profissional, ao lugar de prestação do serviço, à natureza e à importância da causa, ao trabalho realizado pelo advogado e ao tempo exigido para o seu serviço, conforme previsão do artigo 85, parágrafo 2º, do CPC.

A apelante alega a ausência do boletim de ocorrência do acidente automobilístico sofrido pelo apelado.

Destaca:

> na ausência do Registro de Ocorrência há o flagrante cerceamento da defesa da parte apelada, tendo em vista, que a mesma fica impossibilitada de realizar a devida análise quanto a dinâmica do acidente, bem como, quanto aos veículos envolvidos no mesmo, e assim como não há descrição em detalhes do ocorrido, resta, inconclusiva a cobertura do Seguro DPVAT.

Afirma que o nexo causal entre as despesas médicas e o acidente de trânsito não foi comprovado, sendo impossível o pagamento do seguro DPVAT.

Ressalta:

> se faz necessário que os comprovantes das despesas (recibos ou notas fiscais), contenham discriminação das despesas médicas, acompanhados das respectivas requisições ou receituários médicos nos autos, e no caso em tela não há documentos que comprovam a relação com o acidente automobilístico que se envolveu a parte Apelada.

Requer: I) o julgamento de improcedência dos pedidos iniciais; II) eventualmente, a incidência da correção monetária a partir do ajuizamento da ação; III) a reversão da sucumbência ou o arbitramento dos honorários em 10% (dez ´por cento) sobre o valor da condenação.

Preparo regular, à ordem 71.

Contrarrazões à ordem 77.

É o relatório. Passo a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Para o reembolso de gastos com despesas médicas pelo Seguro DPVAT, a relação causal com o acidente deve ser comprovada, nos termos do artigo 373, inciso I, CPC.

Dispõe o art. 5° da Lei nº 6.194/74:

> Art. 5º O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado.
>
> § 1º A indenização referida neste artigo será paga com base no valor vigente na época da ocorrência do sinistro, em cheque nominal aos beneficiários, descontável no dia e na praça da sucursal que fizer a liquidação, no prazo de 30 (trinta) dias da entrega dos seguintes documentos: (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)
>
> a) certidão de óbito, registro da ocorrência no órgão policial competente e a prova de qualidade de beneficiários no caso de morte; (Redação dada pela Lei nº 8.441, de 1992)
>
> b) Prova das despesas efetuadas pela vítima com o seu atendimento por hospital, ambulatório ou médico assistente e registro da ocorrência no órgão policial competente - no caso de danos pessoais.

O acidente foi comprovado pelo boletim de ocorrência (ordem 17) e pelos relatórios médicos (ordem 02), juntados pelo apelado.

Os dispêndios com fisioterapia, exames laboratoriais e medicamentos foram demonstrados pelos recibos emitidos em datas contemporâneas ao acidente (ordem 02).

Na espécie, o apelado tem direito ao reembolso das despesas médicas no montante de R$2.700,00 (dois mil e setecentos reais).

A propósito:

> Apelação cível. Ação de cobrança. Seguro DPVAT. Despesas suplementares. Sessões de fisioterapia. Nexo de causalidade com o acidente. Comprovação. Indenização. Cabimento. Procedência parcial do feito. Sucumbência recíproca. Redistribuição dos ônus. - A indenização do seguro DPVAT somente será devida se a morte, a invalidez permanente ou as despesas médicas/suplementares decorrerem do acidente automobilístico, isto é, se houver nexo causal entre o evento e os valores dispendidos pela parte autora. Presente o nexo de causalidade entre as despesas suplementares relativas às sessões de fisioterapia e o acidente do qual foi vítima a parte requerente, ressoa patente o dever indenizatório. Considerando a procedência parcial do pedido inicial, não merece guarida a pretensão da parte ré de desonerar-se dos ônus da sucumbência e imputá-los exclusivamente à parte autora, no entanto, estes deverão ser rateados, em observância ao art. 86, do CPC, segundo o qual "se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles às despesas" (TJMG - Apelação Cível 1.0000.21.115637-7/001, Relator: Des. Adriano de Mesquita Carneiro, 11ª Câmara Cível, j. em 11.08.2021, p. em 11.08.2021).

Quanto à indenização do seguro DPVAT, verifica-se que, em caso de invalidez parcial do beneficiário, deve ser paga de forma proporcional ao grau da invalidez (Súmula 474 do STJ).

Em decorrência do acidente, o apelado sofreu perda anatômica/funcional completa de um dos membros inferiores, de grau "intenso" (laudo à ordem 62), e apresentou incapacidade parcial de 75% (setenta e cinco por cento).

Segundo a tabela contida na Lei nº 6.194/74, para o seguimento corporal afetado (membro inferior direito), a indenização corresponde a 70% (setenta por cento) do valor máximo (R$13.500,00 - treze mil e quinhentos reais).

Assim, considerando o percentual de 75% (setenta e cinco por cento) apurado na perícia, o apelado tem direito à indenização de R$7.087,50 (sete mil e oitenta e sete reais e cinquenta centavos), devendo ser mantido o valor arbitrado na sentença.

A apelante deve arcar com o total dos ônus sucumbenciais, pois a sentença julgou procedentes os pedidos.

Por fim, verifica-se que, na ação de cobrança de indenização do seguro DPVAT, a correção monetária incide a partir da data do evento danoso e os juros de mora fluem a partir da citação (Súmulas 580 e 426 do STJ).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso. Condeno a apelante ao pagamento das custas recursais.

Majoro os honorários advocatícios para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do CPC.

Votaram de acordo com o Relator o Juiz de Direito Convocado Marco Antônio de Melo e o Desembargador Arnaldo Maciel.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de indenização por danos morais e materiais - Conexão - impossibilidade - Art. 55, §1º, DO CPC - Companhia aérea e bandeira cartão de crédito - Legitimidade passiva - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Cancelamento injustificado de passagens aéreas - Atraso de 12 horas na chegada ao destino final - Danos morais configurados - Juros moratórios - Relação contratual - Termo inicial - Data da citação.

- Nos termos do art. 55, § 1º, do CPC, "os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado".

- Considerando que dois dos processos já foram sentenciados, não há que se falar em julgamento conjunto.

- De acordo com a teoria da asserção, a legitimidade para a causa é verificada pela pertinência abstrata da pretensão inicial com o direito material controvertido.

- Tendo em vista que as passagens aéreas adquiridas pelos autores foram canceladas injustificadamente, impõe-se reconhecer a legitimidade da companhia aérea para figurar no polo passivo da ação.

- A jurisprudência do STJ é firme no sentido de haver responsabilidade solidária entre a instituição financeira administradora do cartão de crédito e a empresa detentora da "bandeira" ou marca do cartão, em razão dos danos advindos da cadeia de serviços.

- Nos termos do art. 373 do CPC, é ônus do autor provar os fatos constitutivos do seu direito e, do réu, os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

- No tocante ao dano moral, a sua ocorrência demanda a existência de efetiva ofensa a algum dos direitos da personalidade da parte lesada, que são aqueles constitutivos da própria identidade da pessoa humana, intransmissíveis e irrenunciáveis.

- Provado que as passagens aéreas dos autores foram canceladas injustificadamente, acarretando despesas com a compra de novas passagens e o atraso de mais de doze horas na chegada ao destino final, não há dúvidas que tais fatos configuram danos morais passíveis de indenização.

- Tratando-se de relação contratual, os juros moratórios da indenização por danos morais incidem a partir da data da citação.

Apelação Cível nº 1.0481.15.009991-1/001 - Comarca de Patrocínio - 1º Apelante: Visa do Brasil Empreendimentos Ltda. - 2º Apelante: Banco Santander (Brasil) S/A - 3º Apelante: Raphael Reis Mauro de Castro e outros, Keila Cristina Umbelina Bianchi - Apelados: Raphael Reis Mauro de Castro e outros, Keila Cristina Umbelina Bianchi, Copa Airlines Compañia Panameña de Aviación S/A. – Relator: Des. Sérgio André da Fonseca Xavier.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em rejeitar as preliminares e dar parcial provimento aos recursos.

Belo Horizonte, 08 de fevereiro de 2022. - *Sérgio André da Fonseca Xavier*. – Relator.

Voto

DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER - Trata-se de apelações, interpostas por Visa do Brasil Empreendimentos Ltda. (1ª apelante), Banco Santander (Brasil) S/A (2º apelante) e Raphael Reis Mauro de Castro e outra (3º apelante), contra sentença de f. 257/259-v, proferida na ação de indenização por danos morais e materiais, movida pelos 3ºs apelantes contra Copa Airlines Companhia Panamenha de Aviação S/A e outros, que julgou parcialmente procedente o pedido, nos seguintes termos:

> *Ex positis*, julgo o mérito da presente ação, com base no art. 487, I, do NCPC, para declarar parcialmente procedente a pretensão dos autores, condenando os requeridos Visa do Brasil Empreendimentos Ltda. e Banco Santander S/A na obrigação solidária de pagarem aos mesmos: 1 - uma indenização por danos morais no valor de R$30.000,00 para cada um dos autores, corrigido pelos índices do TJMG desde a data deste arbitramento (Súmula nº 362 STJ) mais juros de mora à razão de 1% a m. desde a data do evento danoso (Súmula nº 54 STJ); 2 - os valores com a alimentação comprovados à f. 48, corrigido pelos índices do TJMG desde a data do efetivo desembolso, mais juros de mora à razão de 1% a m. desde a citação; 3 - o valor correspondente a uma diária do estacionamento do veículo dos autores levando-se em conta para apurar o valor de uma diária, aquele valor global das diárias informado no documento de f. 53, corrigido pelos índices do TJMG desde a data do efetivo desembolso, mais juros de mora à razão de 1% a m. desde a citação; 4 - o valor correspondente a uma diária no hotel Royal Holiday, levando-se em conta para apurar o valor de uma diária, aquele valor global de diárias (08) constante de f.27, devendo referido valor, para fins de cumprimento de sentença, vir expresso em real levando-se em conta a cotação daquela moeda estrangeira no dia16.04.2015, devendo ser corrigido a partir daí pelos índices do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, mais juros de mora de 1% a m desde a citação; 5 - o valor das novas passagens aéreas adquiridas pelos autores, conforme o valor aposto no documento de f. 36, corrigido pelos índices do TJMG desde a data do efetivo desembolso, mais juros de mora à razão de 1% a m. desde a citação.
>
> Condeno as requeridas a pagarem as custas do processo pro rata. Condeno as requeridas a pagarem honorários de sucumbência a ambos autores de forma global, à razão de 10%

do valor da condenação, corrigidos pelos índices do TJMG desde este arbitramento, mais juros de mora de 1% a m desde o trânsito em julgado.

Tendo em vista que o NCPC estabelece a obrigação da parte autora pagar honorários de sucumbência em caso de não ser atendido integralmente o pedido inicial, como é este o caso presente, conforme entendimento expresso no parágrafo sexto do art. 85, condeno os autores solidariamente a pagarem aos requeridos, de forma global, honorários de sucumbência à razão de 10% sobre o valor da diferença entre o que foi pedido inicialmente e o valor da condenação, conforme acima especificado, corrigidos pelos índices do TJMG desde este arbitramento, mais juros de mora de 1% a m desde o trânsito em julgado.

Condeno os autores a pagarem honorários de sucumbência à Copa Airlines Companhia Panamenha de Aviação S/A à razão de 10% do valor atribuído à causa, devidamente corrigidos pelos índices do TJMG desde este arbitramento, mais juros de mora à razão de 1% a m desde o trânsito em julgado.

A apelada Copa Airlines Companhia Panamenha de Aviação S/A interpôs embargos de declaração (f. 261/264), que foram acolhidos (f. 331), para constar na parte dispositiva da sentença: "acolho a preliminar suscitada às f. 93 e reconheço a ilegitimidade passiva da requerida Copa Airlines Companhia Panamenha de Aviação S/A - extinguindo o feito em relação a esta, com base no art. 485, VI, do CPC", mantendo inalterados os demais termos da sentença.

Em seu recurso, a ré/1ª apelante, Visa do Brasil Empreendimentos Ltda., alega (f. 266/292):

Preliminarmente, nulidade da sentença, por não ter reconhecido a conexão desta ação com as ações indenizatórias nºs 0099937- 36.2015.8.13.0481 e 0099929-59.2015.8.13.0481, pois possuem o mesmo objeto (cancelamento de passagens aéreas compradas através de cartão de crédito) e foram movidas pelo pai e mãe do autor, respectivamente.

Para que não haja decisões conflitantes, pugna pela cassação da sentença, a fim de que sejam reunidos os referidos processos para julgamento conjunto e, subsidiariamente, decidir a questão da conexão, com fundamento no art. 1.013, § 3º, III, do CPC.

Suscita ainda preliminar de ilegitimidade passiva, pois não emitiu e nem administra o cartão de crédito e, por esse motivo, não foi responsável pelo cancelamento da compra das passagens aéreas e o Banco Santander é o único responsável pela administração do cartão.

O papel da Visa na indústria de cartões é só o de plataforma de pagamento, de modo que sua marca está indicada no cartão apenas para que o estabelecimento comercial saiba qual plataforma irá utilizar para processar o pagamento.

Quanto ao mérito, aduz que não tem responsabilidade pelos fatos narrados na inicial, já que se trata de culpa exclusiva da instituição financeira, pois foi quem autorizou o cancelamento da compra das passagens aéreas.

Não pode ser responsabilizada pelo pagamento de danos materiais, pois não possui relação contratual com os autores.

Também não pode ser responsabilizada pelos danos morais, em razão de não ter qualquer relação jurídica com os apelados.

Os fatos narrados na inicial não passam de meros dissabores.

Alternativamente, pugna pela redução do valor da indenização por danos morais.

Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros de mora incidem a partir da citação.

Requer seja dado provimento ao recurso, reformando-se a sentença recorrida, nos termos das razões recursais.

Já o réu/2º apelante, Banco Santander (Brasil) S/A, em seu recurso alega (f. 297/301-v):

Cabia à empresa aérea avisar previamente o autor sobre o cancelamento das passagens e o motivo do cancelamento.

Como a empresa aérea não comunicou o autor sobre o cancelamento da passagem, tornou-se solidariamente responsável pelos fatos narrados na inicial, nos termos do art. 14 do CDC.

Pugna pelo reconhecimento da legitimidade passiva da apelada Copa Airlines Companhia Panamenha de Aviação S/A.

Quanto ao mérito, alega que não praticou qualquer ato ilícito, já que as transações são processadas na fatura mediante o envio do débito pela bandeira.

O cartão de crédito foi apenas o meio de pagamento e participou da negociação somente como agente financeiro.

Não foi comprovado que o cancelamento da compra da passagem aérea foi solicitado pela instituição financeira.

Alternativamente, pede a redução do valor da indenização por danos morais.

Caso mantida a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, os juros de mora e a correção monetária deverão incidir a partir da data da sentença.

É pelo provimento do recurso, nos termos das razões expostas.

Por seu turno, o autor/3º apelante, Raphael Reis Mauro de Castro e outra, alega (f. 332/337-v):

Deve ser reconhecida a legitimidade passiva da apelada Copa Airlines Companhia Panamenha de Aviação S/A.

Houve a efetiva confirmação da compra das passagens no sistema da empresa aérea, mas foram impedidos de embarcar, ao fundamento de que as passagens foram canceladas.

Diante da negativa da companhia aérea, foram obrigados a adquirir novos bilhetes de passagem, no intuito de garantir o prosseguimento da viagem, que só aconteceu mais de 24 hs depois.

O valor da indenização por danos morais deve ser fixado em patamar não inferior a R$30.000,00 (trinta mil reais), nos termos da sentença.

Requer seja dado provimento ao recurso, a fim de reconhecer a legitimidade passiva da apelada Copa Airlines Companhia Panamenha de Aviação S/A.

As partes apresentaram contrarrazões (f. 310/316, 319/324-v, 345/347 e 352/361), pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

É o relatório.

Conheço dos recursos, uma vez que presentes os pressupostos legais de sua admissibilidade.

Os recursos serão analisados conjuntamente.

Preliminares.

Conexão.

A ré/1ª apelante, Visa do Brasil Empreendimentos Ltda., suscita preliminar de nulidade da sentença, por não ter reconhecido a conexão desta ação com as ações indenizatórias nºs 0099937-36.2015.8.13.0481 e 0099929- 59.2015.8.13.0481.

A 1ª apelante afirma que as ações possuem o mesmo objeto (cancelamento de passagens aéreas compradas através de cartão de crédito) e foram movidas pelo pai e mãe do autor, respectivamente.

Nesse caso, sem razão a 1ª apelante. Dispõe o art. 55, § 1º, do CPC: "Art. 55. § 1º Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado".

Pesquisando no sítio deste Tribunal, verifica-se que, além deste feito, o processo nº 0099937-36.2015.8.13 também já foi sentenciado em 17.10.2019, encontrando-se com vista para contrarrazões.

Consequentemente, não há que se falar em reunião dos processos para decisão conjunta, nos termos do art. 55, § 1º, do CPC.

Nesse sentido:

> Conflito de competência. Suposta conexão. Sentença já proferida em um dos feitos. Reunião para julgamento. Impossibilidade. - De acordo com o parágrafo primeiro do art. 55 do Código de Processo Civil: "os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado". - No mesmo sentido, a Súmula 235 do STJ: "A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado" (TJMG - Conflito de Competência 1.0000.18.096711-9/000, Relator: Des. Baeta Neves, 2ª Câmara Cível, j. em 04.12.2018, p. em 14.12.2018)

Assim, rejeito a preliminar de conexão.

Ilegitimidade passiva.

A douta sentença recorrida reconheceu a ilegitimidade passiva da apelada Copa Airlines Companhia Panamenha de Aviação S/A, sob o fundamento de que ela não praticou ato ilícito, já que agiu por solicitação do Banco Santander (Brasil) S/A, que era o responsável pelo pagamento das passagens adquiridas via cartão de crédito.

O 2º e o 3º apelantes recorrem, a fim de que seja reconhecida a legitimidade passiva da apelada Copa Airlines Companhia Panamenha de Aviação S/A.

Razão assiste aos apelantes.

De acordo com a teoria da asserção, a legitimidade para a causa é verificada pela pertinência abstrata da pretensão inicial com o direito material controvertido. Nessa teoria, ultrapassado o momento da propositura da demanda, quando as condições da ação são verificadas à luz das afirmações do demandante, se constatada a falta de alguma das condições da ação no momento do julgamento da demanda, a hipótese é de improcedência do pedido e não de extinção sem resolução do mérito, sob pena de adesão velada às teorias concretistas do direito de ação.

Sobre a legitimidade para a causa, veja-se a doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

> Destarte, legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão. Essa legitimação, que corresponde à regra geral do processo civil, recebe da doutrina a denominação de legitimação ordinária. Sua característica básica é a coincidência da titularidade processual com a titularidade hipotética dos direitos e das obrigações em disputa no plano do direito material (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - vol. I. 56. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 162-163).

É incontroverso que as passagens aéreas canceladas eram da Copa Airlines Companhia Panamenha de Aviação S/A (f. 19).

O art. 14 do Código de Defesa do Consumidor é claro:

> 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.

Além disso, o art. 7º, par. único, do CDC também estabelece a responsabilidade solidária por todos os integrantes da cadeia de consumo, veja-se: "Art. 7º [...]. Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo".

Portanto, considerando que os problemas narrados na inicial dizem respeito ao cancelamento de compra de passagens aéreas da apelada Copa Airlines Companhia Panamenha de Aviação S/A, impõe-se reconhecer sua legitimidade para figurar no polo passivo da ação.

A ré/1ª apelante, Visa do Brasil Empreendimentos Ltda., também suscita preliminar de ilegitimidade passiva, alegando que não emitiu e nem administra o cartão de crédito e, por esse motivo, não foi responsável pelo cancelamento da compra das passagens aéreas.

Sem razão a 1ª apelante.

Os autores adquiriram as passagens através de cartão de crédito da bandeira Visa.

A jurisprudência do STJ é firme no sentido de haver responsabilidade solidária entre a instituição financeira administradora do cartão de crédito e a empresa detentora da "bandeira" ou marca do cartão, em razão dos danos advindos da cadeia de serviços, confira-se:

> Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação indenizatória. Contrato de cartão de crédito. Arts. 489 e 1.022 do CPC/2015. Ausência de violação. Suficiente fundamentação. Conclusão do acórdão pela responsabilidade civil objetiva. Ilegitimidade passiva afastada. Responsabilidade solidária da bandeira do cartão de crédito. Acórdão recorrido em consonância com o entendimento desta Corte Superior. Súmula 83/STJ. Danos morais caracterizados. Reexame. Súmula 7/STJ. Agravo interno improvido. - A alegada ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015 não ficou configurada, uma vez que o Tribunal de origem examinou, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial na medida necessária para o deslinde da controvérsia, notadamente quanto à legitimidade e à responsabilidade solidária da ora agravante, ainda que tenha decidido em sentido contrário à sua pretensão. - Tendo o Tribunal estadual concluído pela legitimidade da recorrente para figurar no polo passivo da demanda e sua consequente responsabilidade civil solidária, não há como acolher a pretensão recursal sem proceder à reapreciação do conjunto probatório dos autos, nos termos da Súmula nº 7 do STJ. - A solução adotada pelo acórdão recorrido (no sentido de que a bandeira do cartão de crédito faz parte da cadeia de fornecedores de serviço de crédito e, portanto, responde solidariamente na hipótese de vício no serviço) está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior. - Nos casos em que o recurso especial não é admitido com fundamento no enunciado nº 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, a impugnação deve indicar precedentes contemporâneos ou supervenientes aos mencionados na decisão combatida, demonstrando-se que outro é o entendimento jurisprudencial desta Corte. - Agravo interno improvido (AgInt no AREsp 1566560/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 17.02.2020, *DJe* de 19.02.2020).

No mesmo sentido, a jurisprudência desta C. Câmara:

> Apelações cíveis. Ação de indenização. Cancelamento da compra. Cobranças no cartão de crédito. Negativação indevida. Responsabilidade solidária. Aplicação do CDC. Falha no serviço. Bandeira de cartão de crédito. Banco. Legitimidade passiva. Reconhecida. Danos morais. Configuração. Redução do *quantum*. Razoabilidade e proporcionalidade. Impossibilidade. - O artigo 14 do CDC estabelece a regra da responsabilidade solidária entre os fornecedores de uma mesma cadeia de serviços, razão pela qual as "bandeiras"/marcas de cartão de crédito respondem solidariamente com os bancos pelos danos decorrentes da má prestação de serviços, não havendo que se falar em ilegitimidade passiva. - É presumido o dano moral em casos de inscrição indevida do nome da parte nos cadastros de

> negativação ao crédito, por inegável abalo ao nome, direito da personalidade. - Se a indenização por danos morais foi fixada em observância aos princípios da razoabilidade e moderação, não há que se falar em sua redução (TJMG - Apelação Cível 1.0105.12.030840-5/001, Relator: Des. José Eustáquio Lucas Pereira, 18ª Câmara Cível, j. em 01.06.2021, p. em 01.06.2021).

Portanto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva da 1ª apelante, Visa do Brasil Empreendimentos Ltda.

Mérito.

Os autores/3ºs apelantes adquiriram passagens aéreas através de cartão de crédito da bandeira Visa, administrado pelo 2º apelante, Banco Santander (Brasil) S/A, conforme fatura anexada às f. 38/39.

A partida do voo da Copa Airlines Companhia Panamenha de Aviação S/A, do Rio de Janeiro para o Panamá, estava prevista para 12h01min do dia 23.05.2015 e chegada no destino às 17:24 horas do mesmo dia (f. 21).

Todavia, chegando no aeroporto do Rio de Janeiro para embarcar, os autores/3ºs apelantes tomaram conhecimento que as passagens aéreas foram canceladas a pedido do Banco Santander (Brasil) S/A, conforme documento emitido pela empresa aérea apelada (f. 32).

Por outro lado, o áudio anexado pelos autores/3ºs apelantes (f. 41), comprova que a Copa Airlines Companhia Panamenha de Aviação S/A não recebeu o pagamento da passagem, embora a empregada do Banco Santander (Brasil) S/A afirme que foi feita a transferência dos valores.

O fato é que os 3ºs apelantes foram obrigados a adquirir novas passagens, com partida prevista para as 1h32min do dia 24.05.2015, ou seja, mais de doze horas após o horário inicialmente previsto.

Logo, a responsabilidade civil das empresas envolvidas na cadeia de fornecimento deve ser analisada sob a ótica objetiva, conforme disposto no art. 14 do CDC, *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.
>
> § 1° 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.
>
> § 3° 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. [...]

A responsabilidade objetiva configura-se independentemente da culpa, bastando a comprovação do dano e do nexo de causalidade com a ação ou omissão do fornecedor do produto ou serviço.

Todavia, para o sucesso do pleito indenizatório em casos deste jaez, faz-se imprescindível a prova do efetivo prejuízo sofrido pela parte, não cuidando de dano moral *in re ipsa*.

Sobre o ponto, vejamos o entendimento do STJ:

> Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Responsabilidade civil. Transporte aéreo. Cancelamento de voo. Mero inadimplemento contratual. Dano moral não verificado. Revisão. Impossibilidade. Súmula nº 7/STJ. Divergência jurisprudencial prejudicada. - Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que o mero inadimplemento contratual, que resulta no cancelamento de voo, não gera dano moral ao consumidor, o que deve ser aferido a partir das peculiaridades do caso concreto. - Rever as conclusões do tribunal de origem, no sentido de que o cancelamento da passagem aérea não gerou dano moral indenizável, implicaria o reexame de circunstâncias fático-probatórias dos autos, procedimento inviável em recurso especial em virtude do óbice da Súmula nº 7/STJ. - Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, a necessidade do reexame da matéria fática impede a admissão do recurso especial tanto pela alínea *a* quanto pela alínea *c* do permissivo constitucional. - Agravo interno não provido (AgInt no AREsp 1228249/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 12.06.2018, *DJe* de 19.06.2018).
>
> Direito do consumidor e civil. Recurso especial. Ação de reparação de danos materiais e compensação de danos morais. Prequestionamento. Ausência. Súmula 282/STF. Atraso em voo internacional. Dano moral não configurado. Extravio de bagagem. Alteração do valor fixado a título de danos morais. Incidência da Súmula 7/STJ. - Ação de reparação de danos materiais e compensação de danos morais, tendo em vista falha na prestação de serviços aéreos, decorrentes de atraso de voo internacional e extravio de bagagem. - Ação ajuizada em 03.06.2011. Recurso especial concluso ao gabinete em 26.08.2016. Julgamento: CPC/73. - O propósito recursal é definir i) se a companhia aérea recorrida deve ser condenada a compensar os danos morais supostamente sofridos pelo recorrente, em razão de atraso de voo internacional; e ii) se o valor arbitrado a título de danos morais em virtude do extravio de bagagem deve ser majorado. - A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pelo recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial. - Na específica hipótese de atraso de voo operado por companhia aérea, não se vislumbra que o dano moral possa ser presumido em decorrência da mera demora e eventual desconforto, aflição e transtornos suportados pelo passageiro. Isso porque vários outros fatores devem ser considerados a fim de que se possa investigar acerca da real ocorrência do dano moral, exigindo-se, por conseguinte, a prova, por parte do passageiro, da lesão extrapatrimonial sofrida. - Sem dúvida, as circunstâncias que envolvem o caso concreto servirão de baliza para a possível comprovação e a consequente constatação da

> ocorrência do dano moral. A exemplo, pode-se citar particularidades a serem observadas: i) a averiguação acerca do tempo que se levou para a solução do problema, isto é, a real duração do atraso; ii) se a companhia aérea ofertou alternativas para melhor atender aos passageiros; iii) se foram prestadas a tempo e modo informações claras e precisas por parte da companhia aérea a fim de amenizar os desconfortos inerentes à ocasião; iv) se foi oferecido suporte material (alimentação, hospedagem, etc.) quando o atraso for considerável; v) se o passageiro, devido ao atraso da aeronave, acabou por perder compromisso inadiável no destino, dentre outros. - Na hipótese, não foi invocado nenhum fato extraordinário que tenha ofendido o âmago da personalidade do recorrente. Via de consequência, não há como se falar em abalo moral indenizável. [...] (REsp 1584465/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 13.11.2018, *DJe* de 21.11.2018).

Assim, cinge-se a controvérsia em elucidar se a referida situação causou dano moral, a ensejar indenização pelas empresas que participaram da cadeia de serviços.

Nos termos do art. 373, I, do CPC, é ônus do autor provar os fatos constitutivos do seu direito e, do réu, os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

No que toca à responsabilidade civil por ato ilícito, prescreve o art. 186 do Código Civil: "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligencia ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Por seu turno, dispõe o art. 927 do mesmo Diploma Legal: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará- lo".

Para se analisar o dever de indenizar, seja em relação aos danos contratuais, seja no tocante aos extracontratuais, devem estar presentes os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: o dano, o ato ilício e o nexo de causalidade.

Sobre o tema, preleciona Sérgio Cavalieri Filho: "[...] há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade" (CAVALEIRI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 6ª ed., Malheiros).

Mais à frente, acrescenta o mencionado doutrinador:

> [...] a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil. Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presente no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos (CAVALEIRI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 6ª ed., Malheiros, p.41)

No tocante ao dano moral, a sua ocorrência demanda a existência de efetiva ofensa a algum dos direitos da personalidade da parte lesada, que são aqueles constitutivos da própria identidade da pessoa humana, intransmissíveis e irrenunciáveis. Para sua caracterização, exige-se que o ato lesivo

seja hábil a impactar a esfera jurídica do homem médio, causando-lhe sofrimento, angústia e desgosto. O julgador não pode ter como parâmetro pessoa extremamente insensível, indiferente, ou aquela que possua melindre exacerbado.

No caso, não há dúvidas quanto aos danos morais sofridos, já que, mesmo tendo quitado as passagens com antecedência, elas foram canceladas injustificadamente e os 3ºs apelantes foram obrigados a adquirir novas passagens para não perder as reservas de hotel.

As passagens adquiridas com antecedência previam a partida para às 12:00hs do dia 23.05.2015. Todavia, como as referidas passagens foram canceladas, por falha na cadeia dos prestadores de serviço, o novo voo somente decolou às 1h32min do dia 24.05.2015.

Os 3ºs apelantes foram obrigados a aguardar por mais de 12 (doze) horas no aeroporto do Rio de Janeiro para embarcar no novo voo, arcando com as despesas de alimentação e todo o desgaste decorrente do atraso (f. 43).

Além disso, estavam acompanhados dos pais, e o que era para ser uma viagem de lazer, acabou se tornando um grande transtorno.

Portanto, resta claro que os fatos narrados superam o mero aborrecimento e configuram danos morais passíveis de indenização.

No tocante ao valor da indenização, este Tribunal tem primado pela razoabilidade na sua fixação. É preciso ter sempre em mente que a indenização por danos morais deve alcançar valor tal, que sirva de exemplo para a empresa, sendo ineficaz, para tal fim, o arbitramento de quantia excessivamente baixa ou simbólica, mas, por outro lado, nunca deve ser fonte de enriquecimento para a vítima, servindo-lhe apenas como compensação pela dor sofrida.

Assim, o valor fixado pelo MM. Juiz singular em R$30.000,00 (trinta mil reais) para cada um mostra-se elevado, devendo ser reduzido para R$15.000,00 (quinze mil reais) para cada, que se mostra adequado para amenizar o abalo moral sofrido pelos 3ºs apelantes, bem como serve de desestímulo para que as empresas que integram a cadeia de serviços não pratiquem novamente tais atos.

Tratando-se de relação contratual, os juros de mora da indenização por danos morais devem incidir a partir da citação, nos termos do arts. 240 do CPC e 405 do Código Civil, e a correção monetária a partir da data da sentença, nos termos da Súmula nº 362 do STJ.

Nesse sentido:

> Apelação cível. Ação de indenização. Fornecedor de serviços. Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva. Companhia aérea. Impedimento de embarque de menor. Requisitos do dever de indenizar. Procedência. Juros de mora e correção monetária. - De acordo com o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor de serviços - como é o caso das companhias aéreas - responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. - Para que se configure a obrigação de indenização, é imprescindível

> a demonstração da ilicitude da conduta, da ocorrência de dano e o nexo de causalidade. - Os danos materiais não se presumem e devem ser comprovados pela parte requerente, sob pena de se configurar enriquecimento indevido. - Em se tratando de indenização por danos morais decorrente de responsabilidade contratual, como é o caso do transporte de passageiros, o termo inicial dos juros de mora é a data da citação e da correção monetária, a data do arbitramento. - Recurso desprovido (TJMG - Apelação Cível 1.0000.20.543500-1/001, Relator: Fausto Bawden de Castro Silva (JD Convocado), 9ª Câmara Cível, j. em 25.11.2020, p. em 03.12.2020).

A responsabilidade das empresas que compõe a cadeia de fornecimento, inclusive a companhia aérea, é solidária, nos termos do art. 7º do CDC, pois todas elas participaram da cadeia de serviços.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal:

> Apelações cíveis. Ação de indenização. Cancelamento da compra. Cobranças no cartão de crédito. Negativação indevida. Responsabilidade solidária. Aplicação do CDC. Falha no serviço. Bandeira de cartão de crédito. Banco. Legitimidade passiva. Reconhecida. Danos morais. Configuração. Redução do *quantum*. Razoabilidade e proporcionalidade. Impossibilidade. - O artigo 14 do CDC estabelece a regra da responsabilidade solidária entre os fornecedores de uma mesma cadeia de serviços, razão pela qual as "bandeiras"/marcas de cartão de crédito respondem solidariamente com os bancos pelos danos decorrentes da má prestação de serviços, não havendo que se falar em ilegitimidade passiva. - É presumido o dano moral em casos de inscrição indevida do nome da parte nos cadastros de negativação ao crédito, por inegável abalo ao nome, direito da personalidade. - Se a indenização por danos morais foi fixada em observância aos princípios da razoabilidade e moderação, não há que se falar em sua redução (TJMG - Apelação Cível 1.0105.12.030840-5/001, Relator: Des. José Eustáquio Lucas Pereira, 18ª Câmara Cível, j. em 01.06.2021, p. em 01.06.2021).

Ante o exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela 1ª apelante e dou parcial provimento aos recursos, para reconhecer a legitimidade passiva da apelada Copa Airlines Companhia Panamenha de Aviação S/A e, consequentemente, decotar da sentença recorrida a condenação dos autores/3ºs apelantes ao pagamento das custas e honorários à referida empresa. Reduzo o valor da indenização por danos morais para R$15.000,00 (quinze mil reais) para cada um dos autores, com os juros moratórios incidindo a partir da citação. Quanto ao mais, mantenho a bem lançada sentença recorrida.

Majoro os honorários advocatícios de sucumbência devidos aos patronos dos autores para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Habib Felippe Jabour e Arnaldo Maciel.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Apelação cível - Restituição de débito c/c indenização por danos morais - Transferência bancária realizada para conta errada - Valor creditado em favor de terceiro - Utilização pela instituição financeira para abatimento de dívida e ausência de estorno - Falha na prestação dos serviços - Restituição do montante - Direito do depositante e responsabilidade solidária do terceiro favorecido e da instituição financeira.

- Ainda que o equívoco envolvendo a transferência de valor para conta errada, indicada pelo próprio depositante, trate-se de ato cuja responsabilidade, em princípio, apenas a esse último possa ser imputada, inconteste é o seu direito à restituição do montante respectivo, sob pena de enriquecimento ilícito. Havendo provas, não desconstituídas, de que o montante creditado equivocadamente foi, em seguida, utilizado pela instituição financeira para abatimento de dívida do terceiro favorecido e não estornado após pleito do depositante, deve ser reconhecida a responsabilidade solidária dos dois primeiros pela promoção da restituição a que este último faz jus.

Apelação Cível nº 1.0000.22.018911-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Itaú Unibanco S.A. - Apelados: Instituto Cultural Newton Paiva Ferreira Ltda., Hildebrando Martins da Silva. – 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, 15 de março de 2022. - *Arnaldo Maciel*. – Relator.

Voto

DES. ARNALDO MACIEL - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Itaú Unibanco S/A, contra a sentença atrelada ao id 47998430424, proferida pelo MM. Juiz Alexandre Magno Mendes do Valle, que julgou procedente em parte os pedidos formulados na "Ação de Restituição de Débito Indevido em Conta Corrente com Pedido de Antecipação de Tutela c/c Indenização Por Danos Morais" ajuizada por Instituto Cultural Newton Paiva Ferreira Ltda., em face do ora apelante e de Hildebrando Martins da Silva, para condenar solidariamente os réus a restituírem ao autor a quantia de R$18.879,94 (dezoito mil oitocentos e setenta e nove reais e noventa e quatro centavos), creditada indevidamente na conta do requerido Hildebrando, acrescida de correção monetária pelos índices da CGJ/MG e de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da data do depósito indevido.

O MM. Juiz condenou as partes autora e ré, à razão de 50% (cinquenta por cento) para cada polo, no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Nas razões recursais vinculadas ao id 59339680014, sustenta o apelante que não teria incorrido em falha na prestação dos serviços e que a transferência equivocada teria se dado apenas por culpa do próprio autor/apelado, dada a indicação incorreta da conta.

Diz que, acaso reconhecido o direito do autor à restituição, essa deveria ser imputada tão somente ao requerido Hildebrando, com a exclusão da obrigação solidária estabelecida *a quo*, ao argumento de que os extratos bancários do requerido teriam comprovando que apenas este se utilizou da integralidade do valor depositado, sem que houvesse retenções por ele, apelante, pugnando ainda, ao final, pela redução dos honorários advocatícios de sucumbência.

Preparo recursal comprovado via id 9339680044.

Intimado, ofertou o autor/apelado as contrarrazões contidas no id 74611180064, pleiteando pelo não provimento do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à análise.

Antes de adentrar no mérito propriamente dito, entendo ser de absoluta importância registrar que este Relator não poderá, em hipótese alguma, sequer conhecer da documentação apresentada pelo réu/apelante juntamente com os embargos de declaração (ids 48979430284 e 48979430294) ou dos *prints* vinculados às f. 04/05 ao presente recurso.

Na verdade, este Relator não poderá, sequer, conhecer de parte da tese de defesa suscitada pelo apelante, concernente à suposta não retenção de valores por ele ou à suposta utilização exclusiva pelo requerido Hildebrando.

Explico.

O art. 336 do CPC impõe à parte ré a obrigação de alegar, já na contestação, toda a matéria de defesa em relação às teses suscitadas na petição inicial, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido autoral.

Por sua vez, os arts. 434 e 435 do CPC preconizam que compete à parte instruir a petição inicial (art. 320) ou a resposta (art. 335) com os documentos destinados a provar-lhe as alegações, sendo-lhes lícito juntar documentos novos tão somente quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

In casu, a atenta análise do feito deixa claro que a tese de defesa levantada nos embargos de declaração (id 48979430274) e no presente recurso em momento algum chegou a ser suscitada antes da prolação da sentença primeva.

Percebe-se da peça de contestação, e também das alegações finais, que o ora apelante limitou-se a alegar que não teria incorrido em falha na prestação dos serviços e que a transferência equivocada teria ocorrido exclusivamente por culpa do autor, face à indicação errônea dos dados bancários do favorecido.

Em momento algum o réu, ora apelante, chegou a dizer que não teria retido quaisquer valores ou que teria sido apenas o requerido Hildebrando quem deles se utilizou. O ora apelante, muitíssimo menos, chegou a manifestar qualquer interesse em juntar ao feito extratos bancários do requerido Hildebrando, com o intuito de tentar fazer prova de tais supostas situações.

Referidas teses foram suscitadas exclusivamente após a prolação da sentença primeva, pelo que constituem visível inovação recursal e, como tal, não podem ser conhecidas, sob pena de nulidade do julgado, inclusive por cerceamento de defesa.

O mesmo se pode dizer em relação à documentação dantes relacionada, na medida em que foi apresentada pelo ora apelante tão somente após a decisão de 1º Grau, embora já existissem muito antes de tal evento e, até mesmo, da citação.

Nesse contexto, tal documentação não pode ser qualificada como recém obtida, como nova ou relacionada a fatos novos e, por consequência, não pode ser considerada nesta fase recursal em face da preclusão consumativa.

Nesse sentido é o entendimento deste Tribunal:

> Ação de cobrança. Caderneta de poupança. Correção monetária. Plano Bresser. Expurgos inflacionários. Preliminar rejeitada. Juntada de documentos após a decisão. Desconsideração. - A instituição financeira depositária de valores em conta poupança é parte legítima para figurar no polo passivo da ação em que se discute a correção monetária aplicada. Deve ser pago ao correntista, titular de caderneta de poupança, as diferenças de correção monetária apurada através de índice que melhor reflita a variação da alta do custo de vida e mais os expurgos inflacionários relativos aos períodos de planos econômicos. Conforme o princípio da concentração da defesa, todas as matérias de defesa devem ser trazidas no momento de apresentação da contestação sob pena de preclusão. Dessa forma, documentos acostados aos autos após a prolação da sentença não podem ser considerados como fundamento para sua modificação, na medida em que não foram objeto de apreciação pelo juiz primevo (Apelação Cível nº 1.0145.07.409508-7/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Banco Brasil S/A - Apelados: João Braga Barbosa Espólio de e outro rep/por inventariante Neuza Machado Barbosa - Relator: Exmo. Sr. Des. Nicolau Masselli).
>
> Ação de indenização. Acidente de trânsito. Documentos novos. Hipóteses do art.397 do CPC. Inocorrência. Desentranhamento. Falta de comprovação. Ônus da prova. Artigo 333, inciso I, do CPC. - Segundo a regra processual, na contestação, a parte requerida deve juntar todos os documentos pertinentes à sua defesa, podendo trazer nova documentação apenas nos casos excepcionais trazidos no art. 397, do CPC, quais sejam, nos casos de fatos supervenientes ou para contraditar novos fatos. - O ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e, se de tal mister, ele não se desvencilhou, de

> rigor a improcedência do pedido se impõe (Apelação Cível n° 1.0024.05.853028-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Nicolas Silva Mendes - Apelados: Porto Seguro Cia de Seguros Gerais, Nicolas Silva Mendes - Relator: Exmo. Sr. Des. Generoso Filho).
>
> Documento. Juntada em fase recursal. Apelação. Casos em que há possibilidade. Nos termos do art. 396 do CPC, compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações. - O art. 397 do mesmo diploma admite a juntada de documentos novos a qualquer tempo, porém, além de serem novos, permite a juntada, a qualquer tempo, somente quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos. Não constitui documento novo o que poderia ter sido conseguido e juntado pela parte à ocasião prevista no art. 396 do CPC. (Apelação Cível nº 312.115-3, da Comarca de Poços de Caldas, Apelante: Carlos Alberto de Carvalho Silva e Apelados: Losango Promotora De Vendas Ltda., Nova Denominação e Multiplic Financeira, Crédito, Financiamento – Relatora: Des. Vanessa Verdolim Andrade).

Assim, deixo de conhecer também dos documentos apresentados pelo réu, ora apelante, em sede recursal (embargos de declaração e apelação).

Feita a ressalva, passo ao exame das questões devolvidas à apreciação desta Instância *ad quem* que são, de fato, passíveis de conhecimento.

Dão conta os autos que, em 18.04.2018, o autor/apelado, objetivando realizar crédito no valor de R$18.879,94 (dezoito mil oitocentos e setenta e nove reais e noventa e quatro centavos) em favor de uma aluna, acabou fazendo, equivocadamente, a transferência de tal montante para a conta de titularidade do requerido Hildebrando, que, à época, já não mais compunha o corpo discente da instituição de ensino apelada, sendo que, a despeito das tentativas empreendidas, não conseguiu obter o reembolso da quantia respectiva.

De fato, incontroverso que foi o próprio autor/apelado quem indicou erroneamente os dados da conta bancária do favorecido quando realizou a indigitada transferência, situação que, como bem anotou o digno Juiz primevo, poderia constituir razão para afastar a responsabilidade da instituição financeira apelante.

Ocorre que, como também adequadamente entendeu o Magistrado, o caso dos autos revela situação diferente, já que o autor/apelado cuidou de juntar com a inicial documentos que demonstraram a falha na prestação dos serviços pelo apelante, senão vejamos.

Da escritura pública de ata notarial vinculada ao id 420792244 consta a degravação de mensagens de áudio trocadas via aplicativo WhatsApp entre o réu Hildebrando, revel nesta ação, e funcionário do autor, no dia seguinte ao da transferência controvertida.

Em tais mensagens, o precitado requerido afirma que o valor creditado em sua conta havia sido debitado pelo ora apelante, para fins de abatimento de uma dívida de R$42.000,00 (quarenta e dois mil reais), por ele contraída junto a este último. O réu Hildebrando ainda afirmou que o apelante

teria condicionado o estorno do valor creditado erroneamente à quitação total da aludida dívida, quitação essa que, todavia, não teria o requerido condições de fazer.

Por ocasião de tais conversas, o requerido Hildebrando chegou inclusive a afirmar que, embora não tivesse interesse algum em ajudar o autor/apelado (em razão de eventos passados que não foram esclarecidos nem vêm ao caso), se tivesse condições providenciaria rapidamente o estorno para que o funcionário daquele, responsável pela transferência equivocada, não fosse de algum modo prejudicado.

À referida ata notarial soma-se a notificação extrajudicial remetida pelo autor ao ora apelante, datada de 20.04.2018 e cuja cópia consta do id 420792444, da qual se denota que o segundo noticiou ao primeiro o evento ocorrido e solicitou a restituição do montante erroneamente creditado, assim como a imediata ciência ao titular da conta, o ora requerido Hildebrando.

Tais provas foram suficientes para demonstrar que o apelante não apenas lançou mão do crédito feito pelo autor na conta do requerido Hildebrando, para abater parte da dívida por este acumulada, como também opôs verdadeiro empecilho à realização do estorno, em relação ao qual o requerido, ao que tudo indica, jamais se negou, dados que evidenciam, por consequência, a responsabilidade solidária do apelante.

Interessa salientar que ditas provas, apresentadas com a inicial, vale repisar, não foram alvo de questionamento ou impugnação específica em sede de contestação pelo banco réu, ora apelante, nem de contraprova por ele validamente produzida.

Infere-se, assim, que, enquanto o autor logrou êxito em comprovar os fatos constitutivos do seu direito, nos termos do inciso I do art. 373 do CPC, dentre os quais a responsabilidade também do ora apelante, este último, por seu turno, não conseguiu trazer ao feito prova concreta, eficaz ou válida para impedir, modificar ou extinguir a pretensão autoral, como lhe determinava o inciso II do mesmo dispositivo legal, situação que impõe a manutenção do julgado primevo.

Melhor sorte não socorre ao apelante quanto à pretensão de ver minorados os honorários advocatícios de sucumbência definidos *a quo*, seja porque, já arbitrados no patamar mínimo legal e com a estrita observância dos preceitos do § 2º do art. 85 do CPC, seja porque o caso dos autos não autoriza a fixação por apreciação equitativa.

Ante todo o exposto, nego provimento ao recurso e mantenho a respeitável decisão hostilizada.

Condeno o apelante no pagamento das custas recursais e, em atendimento ao comando do § 11 do art. 85 do CPC, majoro os honorários advocatícios de sucumbência para o importe total de 12% (doze por cento) do valor atualizado da causa, dos quais, 10% (dez por cento) deverão ser distribuídos nos moldes definidos *a quo*, ao passo que os restantes 2% (dois por cento) deverão ser suportados apenas pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores João Cancio e Sérgio André da Fonseca Xavier.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível – Tempestividade - Reexame necessário - Art.496 do CPC - Ação civil pública - Lei Municipal nº 5.223/17 de Itaúna - Obrigação do município de divulgar em seu *site* as listagens dos pacientes que aguardam por consultas com especialistas, exames e cirurgias na rede pública de saúde - Ausência de vício de iniciativa ou ingerência indevida do Poder Legislativo sobre o Executivo - Inconstitucionalidade não verificada - Direito à informação - Procedência da ação - Sentença mantida.

- Tempestiva a apelação interposta pelo ente público no prazo de 30 dias úteis a contar da sua intimação da sentença.

- A Lei Municipal nº 5.223/17, que "dispõe sobre a divulgação das listagens dos pacientes que aguardam por consultas com especialistas, exames e cirurgias na rede pública do Município de Itaúna", refere-se ao direito constitucional à informação e não trata das matérias cuja iniciativa é exclusiva do Chefe do Poder Executivo, conforme o art. 66, inciso III, da Constituição Estadual. Logo, não padece de vício de iniciativa, tampouco estabelece ingerência indevida do Poder Legislativo sobre o Executivo, não havendo que se falar em inconstitucionalidade.

- Ainda que se entenda pela aplicação analógica da Lei da Ação Popular (em razão do disposto no art. da Lei nº 7.347/1985), é imperativo o reexame da sentença proferida contra o ente público, por força do art. 496, I, do CPC. Contudo, exaurida a matéria no julgamento da apelação, fica prejudicado o reexame.

Apelação Cível nº 1.0000.22.011352-6/001 - Comarca de Itaúna - Apelante: Município de Itaúna - Apelado: Ministério Público – MPMG. – Relator: Des. Wagner Wilson Ferreira.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em rejeitar a preliminar suscitada nas contrarrazões e negar provimento ao recurso, prejudicado o reexame necessário.

Belo Horizonte, 19 de abril de 2022. - *Wagner Wilson Ferreira*. – Relator.

Voto

DES. WAGNER WILSON FERREIRA - Recurso de apelação, interposto pelo Município de Itaúna, em face da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Itaúna que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, contra o aludido

ente público, julgou procedente o pedido formulado na inicial, para condenar o Município de Itaúna na obrigação de divulgar, no prazo de 30 (trinta) dias e por meio eletrônico com acesso irrestrito em seu *site* eletrônico oficial, as listagens dos pacientes que aguardam por consultas com especialistas, exames e cirurgias na rede pública de saúde do Município, observando-se os limites da Lei Municipal nº 5.223/17, no prazo de 30 (trinta) dias.

Custas pelo réu, que foi isento de pagamento nos termos do art. 10, II, da Lei Estadual nº 14.939/03. Sem honorários.

O apelante alega que foi condenado a divulgar em seu *site* oficial, com acesso irrestrito, as listagens dos pacientes que aguardam por consultas com especialistas, exames e cirurgias na rede pública de saúde do município, com base na Lei Municipal nº 5.223/17, a qual, todavia, está eivada de vício insanável de iniciativa.

Aduz que a iniciativa de lei sobre organização e funcionamento da administração municipal, incluindo as atividades inerentes à rede de saúde pública da cidade, é privativa do Chefe do Executivo segundo se depreende do art. 84, inciso I a XXVII, da Carta Constitucional, do art. 90, inciso XIV, da Constituição Estadual e do art. 82, inciso X, da Lei Orgânica Municipal. Frisa que a Lei Municipal nº 5.223/17 é de iniciativa do Poder Legislativo.

Acrescenta que a função legislativa da Câmara Municipal deve ser exercida de forma abstrata e genérica, sendo defeso intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Poder Executivo e que cuidam de mérito administrativo (conveniência e oportunidade), assim como se verifica no caso concreto.

Pede a reforma da sentença (ordem nº 26).

Contrarrazões à ordem nº 29, suscitando preliminar de intempestividade recursal e, no mérito, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Intimado a se manifestar, o apelante peticionou à ordem 31, defendendo a tempestividade recursal.

Parecer da Douta Procuradoria à ordem nº 35, pelo não conhecimento do recurso ou seu desprovimento.

É o relatório.

Preliminar de intempestividade suscitada nas contrarrazões.

O Município foi intimado da sentença na data de 20.09.2021, conforme o comprovante eletrônico que segue a sentença de ordem nº 21. Seu prazo para recorrer teve início em 21.09.2021, uma terça-feira.

Considerando a prerrogativa do prazo em dobro, bem como os recessos e feriados dos dias 11, 12 e 29.10 e 01 e 02.11, verifica-se que os 30 (trinta) dias úteis esgotaram no dia 08.11.2021, exatamente a data em que se deu o protocolo da apelação.

O recurso é tempestivo, pelo que rejeito a preliminar.

Presentes também os demais pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Bitencourt Marcondes e Leite Praça.

DES. WAGNER WILSON FERREIRA – Apelação.

Trata-se de ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra o Município de Itaúna, com a finalidade de obrigá-lo a divulgar, com acesso irrestrito, em seu site eletrônico oficial, as listagens dos pacientes que aguardam por consultas com especialistas, exames e cirurgias na rede pública de saúde do Município, com fundamento na Lei Municipal nº 5.223/17.

A demanda foi julgada procedente e o ente público insurge-se contra ela, argumentando, em síntese, que a referida lei é inconstitucional por vício de iniciativa, adentrando em matérias de competência do Chefe do Poder Executivo.

Pois bem.

A Lei Municipal nº 5.223/17 "dispõe sobre a divulgação das listagens dos pacientes que aguardam por consultas com especialistas, exames e cirurgias na rede pública do Município de Itaúna". Foi aprovada pela Câmara Municipal e promulgada pelo Presidente da Câmara.

As matérias cuja iniciativa é exclusiva do Chefe do Poder Executivo encontram-se dispostas no art. 66, inciso III, da Constituição Estadual que, pelo princípio da simetria, aplica-se aos Prefeitos Municipais.

A saber:

> Art. 66 - São matérias de iniciativa privativa, além de outras previstas nesta Constituição:
>
> III - do Governador do Estado:
>
> a) a fixação e a modificação dos efetivos da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar;
>
> b) a criação de cargo e função públicos da administração direta, autárquica e fundacional e a fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros da Lei de Diretrizes Orçamentárias;
>
> c) o regime de previdência dos militares, o regime de previdência e o regime jurídico único dos servidores públicos da administração direta, autárquica e fundacional, incluídos o provimento de cargo e a estabilidade;
>
> d) o quadro de empregos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades sob controle direto ou indireto do Estado;
>
> e) a criação, estruturação e extinção de Secretaria de Estado, órgão autônomo e entidade da administração indireta;

> f) a organização da Advocacia do Estado, da Defensoria Pública, da Polícia Civil, da Polícia Militar e dos demais órgãos da Administração Pública, respeitada a competência normativa da União;
>
> g) os planos plurianuais;
>
> h) as diretrizes orçamentárias;
>
> i) os orçamentos anuais; [...].

Pela análise acurada do referido dispositivo, nota-se que não há absolutamente qualquer incompatibilidade entre as hipóteses nele estabelecidas (em rol taxativo) e a matéria tratada na Lei Municipal nº 5.223/17.

O disposto na Lei vem, simplesmente, implementar o direito de informação, garantido tanto pela Constituição Federal, quanto pela Estadual.

Constituição Federal.

> Art. 5º [...]
>
> XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
>
> b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; [...]

Constituição do Estado de Minas Gerais.

> Art. 4º - O Estado assegura, no seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.
>
> [...]
>
> § 5º - Todos têm o direito de requerer e obter informação sobre projeto do Poder Público, a qual será prestada no prazo da lei, ressalvada aquela cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

A administração municipal já estava, portanto, obrigada a prestar tais informações referentes às ações de saúde, por força dos princípios constitucionais acima transcritos, o que significa que a sua regulamentação por lei local não criou despesa nova que já não tivesse que ser suportada. Basta alimentar o *site* do Município com os dados.

Assim, não havendo a aludida inconstitucionalidade, tampouco ingerência indevida de um Poder sobre o outro, deve ser mantida a sentença de procedência.

Em casos similares, este Tribunal já decidiu reiteradas vezes no sentido de que Lei Municipal que apenas concretiza o direito à informação sobre atos e projetos públicos de interesse da coletividade não é de iniciativa exclusiva do Prefeito, não sendo inconstitucional.

Confira-se:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal de Lagoa Santa. Obrigatoriedade de emissão de declarações pelas unidades de saúde na falta de medicamentos ou atendimento para os usuários. Constitucionalidade. - Não há absolutamente qualquer incompatibilidade entre as hipóteses nele estabelecidas (hipóteses estas estabelecidas em rol taxativo) e a matéria tratada na Lei Municipal 3.559/2014, que dispõe sobre a obrigatoriedade do fornecimento de declarações pelas Unidades de Saúde na falta de medicamentos ou atendimento para os usuários, não havendo o que se falar em vício de iniciativa. - A administração municipal já estava, portanto, obrigada a emitir declarações, caso solicitadas, por força dos princípios constitucionais de direito de petição e da transparência, o que significa que a sua regulamentação por lei local não criou despesa nova, que já não tivesse que ser suportada. - ADI julgada improcedente (TJMG - Ação Direta Inconst 1.0000.14.045890-2/000, Relator: Des. Wagner Wilson, Órgão Especial, j. em 21.10.2015, p. em 29.10.2015).

Ação direta de inconstitucionalidade. Município de Uberaba. Lei Municipal nº 13.079/19. Obrigatoriedade de divulgação, no sítio eletrônico da prefeitura, das informações contidas nos autos de infração, apreensão, notificação, interdição e fechamento expedidos pelo Município de Uberaba. Vício de iniciativa. Inocorrência. Competência concorrente. Representação inacolhida. - Segundo escólio de Hely Lopes Meirelles, "Leis de iniciativa exclusiva do prefeito são aquelas em que só a ele cabe o envio do projeto à Câmara. Nessa categoria estão as que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entidades da Administração Pública Municipal; a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica, fixação e aumento de sua remuneração; o regime jurídico dos servidores municipais; e o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, os orçamentos anuais, créditos suplementares e especiais" (in Direito Municipal Brasileiro, 15ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 732/733)." - A matéria objeto da Lei nº 13.079/2019, do Município de Uberaba, não se insere em nenhuma daquelas cuja iniciativa do projeto de lei recaia privativamente sobre o Chefe do Poder Executivo, visto que, sem dispor sobre a estrutura ou atribuição de órgãos do Poder Executivo, limita-se a estabelecer a obrigatoriedade de disponibilização para consulta, no sítio eletrônico da Prefeitura Municipal, das informações contidas nos autos de infração, apreensão, notificação, interdição e fechamento expedidos pelo município, tudo em homenagem aos princípios da transparência e publicidade da administração pública. - Consoante apregoado pela Excelsa Corte, "A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que, por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo, deve neces sariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca" (STF, Pleno, ADI-MC nº 724/RS, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 27.4.2001). - "Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (STF, ARE 878911 RG, Relator: Min. Gilmar Mendes, j. em 29.09.2016, Processo Eletrônico DJe-217, d. em 10.10.2016, p. em 11.10.2016) (TJMG - Ação Direta Inconst.1.0000.20.048438-4/000, Relator: Des. Belizário de Lacerda, Órgão Especial, j. em 12.08.2021, p. em 13.08.2021).

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.535, de 30 de abril de 2014, do Município de Lagoa Santa. Que determina a divulgação na internet da relação de medicamentos gratuitos que compõem os estoques da secretaria municipal de saúde. Projeto legislativo deflagrado por iniciativa parlamentar. Vício de iniciativa. Inocorrência. Questão atinente ao interesse geral da população. Princípio da publicidade. Aumento de despesas. Ausência. Pedido julgado improcedente. - A lei municipal que prevê a divulgação da lista de medicamentos fornecidos gratuitamente pela secretaria de saúde municipal traduz medida consentânea com o princípio da transparência e da publicidade, garantindo o acesso dos administrados à informação de interesse geral, sem qualquer relação com matéria que estaria inserida dentre aquelas sujeitas à iniciativa reservada ao chefe do poder executivo (TJMG - Ação Direta Inconst. 1.0000.14.079480-1/000, Relatora: Desª. Mariangela Meyer, Órgão Especial, j. em 22.06.2016, p. em 01.07.2016).

Direito constitucional, administrativo e processual civil. Ação direta de inconstitucionalidade. Município de Uberaba. Lei nº 13.074/2019. Obrigatoriedade de publicação de demonstrativo detalhado sobre a arrecadação e destinação dos recursos decorrentes das aplicações de multas de trânsito e do Sistema Municipal de Limpeza Urbana junto no "Portal da Transparência do Município de Uberaba". Vício de iniciativa. Inocorrência. Violação do princípio da separação dos poderes não verificação. Atendimento ao princípio da publicidade e ao direito de acesso a informação. Representação julgada improcedente. - O Município, como ente autônomo da Federação, vincula-se às normas constitucionais de observância obrigatória, conforme o disposto no artigo 165, §1º, da CEMG. - No tocante à regulação dos serviços públicos, o Município tem competência legislativa, a teor do disposto no artigo 170, inciso VI e 171, inciso I, *f*, da Constituição do Estado de Minas Gerais. - Não reflete usurpação de iniciativa do Chefe do Executivo a Lei que, oriunda de propositura parlamentar, embora possa gerar despesas, não disponha sobre sua estrutura, atribuição de seus órgãos, nem do regime jurídico de seus servidores públicos. - O ato normativo impugnado, que estabelece obrigação, para a Administração, de "divulgar no Portal da Transparência demonstrativo detalhado sobre a arrecadação e destinação dos recursos decorrentes da aplicação das multas de trânsito e do Sistema de Limpeza Urbana no âmbito formal de inconstitucionalidade, resultando de atuação típica do Poder Legislativo, indo ao encontro do Princípio da Publicidade e do direito de acesso à informação, previstos nos artigos artigo 13 e 14, § 9º, inciso II, da CEMG (TJMG - Ação Direta Inconst. 1.0000.20.446716-1/000, Relator: Des. Amorim Siqueira, Órgão Especial, j. em 14.01.2021, p. em 15.01.2021).

Ação direta de inconstitucionalidade. Publicação de atos administrativos. Jornal regional de circulação diária ou estadual. Emenda parlamentar. Vício de iniciativa. Inocorrência. - A instituição da obrigação de publicação dos atos referentes a processos licitatórios, em jornal regional com circulação diária no Município ou em jornal de circulação estadual e no Diário Oficial, bem como a publicação dos editais de processos seletivos para a contratação temporária de servidores em jornal de circulação local, via emenda parlamentar de inciativa da Câmara Municipal, não viola o princípio da separação dos Poderes. - A lei que amplia os meios de publicação dos editais de processos seletivos para a contratação temporária de servidores e de editais de licitação privilegia a transparência da gestão pública, em observância ao princípio da publicidade, sem interferência na estrutura, na atribuição dos órgãos do Poder Executivo ou no regime jurídico dos servidores públicos. - Conforme

> precedente do Supremo Tribunal Federal (ARE 878911 RG), "não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos".[...] (TJMG - Ação Direta Inconst. 1.0000.18.096370-4/000, Relator: Des. Geraldo Augusto, Relator para o acórdão: Des. Renato Dresch, Órgão Especial, j. em 05.07.2020, p. em 17.07.2020).
>
> Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Municipal n° 11.032/2017. Município de Belo Horizonte. Propaganda e públicidade oficial da Administração Pública municipal. Violação dos arts. 6º e 173 da CEMG. Ausência. Inexistência de vício. Direito à informação. Embargos de declaração. Requisitos do art. 1.022 do CPC/2015. Ausência. Impossibilidade. - A Lei Municipal nº 11.032/2017, de iniciativa da Casa Legislativa, ao dispor sobre propaganda e publicidade oficial da administração pública municipal, não padece de qualquer vício, seja ele de natureza formal ou material, pois não se encontra em conflito com artigo 66, III, da CEMG, que reserva ao Poder Executivo a iniciativa de lei referente à política remuneratória de seus servidores, bem como aumento de despesas, tampouco viola o princípio da independência e Harmonia entre os Poderes, insculpido no artigo 173 da Carta Estadual. - A Lei Municipal nº 11.032/2017 garante aos administrados o direito à informação previsto nos artigos 13, 17, da Constituição do Estado de Minas Gerais, pois confere transparência aos gastos públicos referentes à propaganda e publicidade oficial do Município de Belo Horizonte. - Ausentes os requisitos previstos no artigo 1.022 do Código de Processo Civil - omissão, contradição ou obscuridade -, devem ser rejeitados os Embargos Declaratórios. Mesmo para fins de prequestionamento, o acolhimento do recurso requer a observância dos aludidos requisitos (TJMG - Embargos de Declaração-Cv 1.0000.17.049201-1/001, Relator: Des. Dárcio Lopardi Mendes, Órgão Especial, j. em 27.02.2019, p. em 08.03.2019).

Frise-se, finalmente, que a Lei Municipal garante a privacidade dos cidadãos, pois determina que nas listagens conste apenas o número do Cartão nacional de Saúde do paciente.

Nego provimento ao recurso.

Reexame necessário.

Quanto ao reexame necessário, entendo que, ainda que se entenda pela aplicação analógica da Lei da Ação Popular (em razão do disposto no art. da Lei nº 7.347/1985), é imperativo o reexame da sentença proferida contra o ente público, por força do art. 496, I, do CPC.

> 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 entanto, considero exaurida a matéria no julgamento da apelação, pelo que resta prejudicado o reexame.

Conclusão.

Pelo exposto, rejeito a preliminar suscitada nas contrarrazões e nego provimento ao recurso, prejudicado o reexame necessário.

O Município é isento de custas.

Sem honorários.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Bitencourt Marcondes e Leite Praça.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR SUSCITADA NAS CONTRARRAZÕES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, PREJUDICADO O REEXAME NECESSÁRIO.

Agravo de instrumento - Direito administrativo - Contrato de compartilhamento de infraestrutura (postes) - CEMIG - Prestadora de serviços de telecomunicações - Aplicação do preço de referência fixado pela ANATEL e ANEEL - Correção do preço pelo índice previsto no contrato (IGP-DI) - Abusividade não caracterizada.

- Embora superior ao Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), o Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna (IGP-DI) não se afigura abusivo, *a priori*, devendo prevalecer sua aplicação, em homenagem ao que previu o contrato firmado pelas partes.

- O reconhecimento da abusividade do preço discriminatório não enseja o afastamento do índice contratualmente previsto, visto que não demonstrado o descompasso da cláusula que prevê a aplicação do IGP-DI com os princípios da justiça contratual, da boa-fé e da comutatividade dos contratos.

Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.22.020948-0/003 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Nethouse Telecomunicações Ltda. - Agravada: Cemig Distribuição S.A. – Relator: Des. Carlos Henrique Perpétuo Braga.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2022. - *Carlos Henrique Perpétuo Braga*. - Relator.

Voto

DES. CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA - Agravo de instrumento, interposto por Nethouse Telecomunicações Ltda., contra a r. decisão da lavra do MM. Juiz Paulo de Tarso Tamburini de Souza, da 2ª Vara de Fazenda Pública Estadual e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação ordinária movida em desfavor de Cemig Distribuição S/A, deferiu parcialmente a tutela de urgência, nos termos seguintes:

> [...]
>
> Ante o exposto, considerando o que mais dos autos consta, defiro em parte a antecipação da tutela de urgência para determinar à ré, Cemig Distribuição S/A, que seja aplicado o preço de referência a celebração do contrato de compartilhamento de infraestrutura nº 0166/2018, no prazo de 15 (quinze) dias, estabelecido na Resolução Conjunta 004/2014, atualizado pelo índice IGP-DI/FGV.
>
> [...] (evento 74).

Os embargos de declaração interpostos pela agravante (evento 81) foram rejeitados (evento 114).

A agravante, em suas razões, sustentou que o Magistrado "entendeu que o índice de atualização a ser adotado deve ser o IGP-DI/FGV, e não o IPCA, bem como deixou de garantir a aplicação do preço desde a distribuição da Ação Ordinária até ulterior decisão de mérito, como requerido pela agravante na exordial".

Argumentou que a "aplicação do índice IPCA na cláusula de reajuste do contrato de compartilhamento de infraestrutura nº 0166/2018, é essencial para garantir a observância efetiva do preço justo e razoável indicado pelo legislador ordinário no art. 73 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97)", uma vez que "o IGP-DI alcançou alíquota superior a 34,54% (trinta e quatro vírgula cinquenta e quatro por cento), no acumulado anual, o que irá gerar um enriquecimento ilícito por parte da agravada e inviabilizar a execução das atividades prestadas pela agravante".

Afirmou que o IPCA "é quase 500% inferior" ao IGP-DI.

Disse que, "através da Consulta Pública nº 73/2021, a ANEEL reconheceu a abusividade da aplicação do IGP-DI como índice de reajuste do preço a ser pago pelo compartilhamento, sugerindo, inclusive, a aplicação do IPCA".

Defendeu a "abusividade do preço contratual e na imposição do índice de reajuste nas cláusulas contratuais".

Noticiou que, além de outras operadoras, a própria agravada, em contrato recente de compartilhamento de infraestrutura, estabeleceu a atualização do preço pelo IPCA.

Requereu a concessão da tutela recursal antecipada, "com a aplicação do IPCA como índice de reajuste anual ao contrato de compartilhamento de infraestrutura nº 0166/2018 celebrado com a agravada".

Pediu, ao final, o provimento do recurso, nos mesmos termos.

Preparo recolhido (evento 2).

Indeferiu-se a tutela recursal de urgência (evento 117).

O Magistrado informou a manutenção da decisão atacada (evento 118).

Em contraminuta, a agravante pugnou pela manutenção da decisão questionada (evento 119).

Os autos vieram conclusos, em 08.04.2022.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de ação ordinária movida pela agravante contra a agravada, pugnando pela aplicação do preço de referência previsto na Resolução nº 004/2014 da ANATEL/ANEEL ao contrato de com-

partilhamento de infraestrutura nº 0166/2018 celebrado pelas partes (R$4,71), a ser atualizado pelo IPCA ou, alternativamente, pelo IGP-DI.

Deferiu-se parcialmente a tutela provisória de urgência, determinando-se a atualização dos valores pelo índice previsto no contrato, ou seja, o IGP-DI.

A agravante insurge-se contra o índice determinado na decisão.

Não vislumbro, no caso, os elementos necessários à concessão da tutela de urgência nos moldes pleiteados.

No contrato firmado pelas partes, consta expressa previsão de que o preço será corrigido pelo IGP-DI.

Porém, em que pese a afirmação da agravante de que o IGP-DI seria quase 500% (quinhentos por cento) superior ao IPCA, os dados oficiais não indicam essa discrepância.

Ao contrário, conforme informações obtidas no site da FGV, o IGP-DI subiu 1,5% (um e meio por cento) em fevereiro/2002 e acumula alta de 15,35% (quinze inteiros e trinta e cinco centésimos por cento) em 12 meses (https://portal.fgv.br/noticias/igp-di-fevereiro-2022).

Lembre-se que a variação mensal do IGP-DI é obtida pela média ponderada dos seguintes índices de preço: IPA (Índice de Preços ao Produtor Amplo); IPC (Índice de Preços ao Consumidor); e INCC (Índice Nacional de Custos da Construção).

Por sua vez, o IPCA de fevereiro/2022 atingiu 1,01% (um inteiro e um centésimo por cento) e o acumulado de 12 meses soma 10,54% (https://www.ibge.gov.br/explica/inflacao.php).

Embora evidentemente superior ao Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), o Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna (IGP-DI) não se afigura abusivo, *a priori*.

O fato de contratos recentes firmados pela agravada estabelecerem correção do preço pelo IPCA, por si, também não determina a abusividade da correção pelo índice ajustado no contrato firmado com a agravante.

Ademais, a abusividade do preço discriminatório - reconhecida por este Relator no agravo de instrumento nº 1.0000.22.020948-0/001 - não enseja o afastamento do índice contratualmente previsto, visto que não demonstrado o descompasso da cláusula que prevê a aplicação do IGP-DI com os princípios da justiça contratual, da boa-fé e da comutatividade dos contratos.

Nessa linha já decidiu este Tribunal de Justiça:

> Agravo de instrumento. Ação ordinária. Alteração do índice de correção monetária previsto em contrato. Impossibilidade. Violação do princípio *pacta sunt servanda*. Tutela provisória de urgência. Requisitos não preenchidos. - A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo, ausentes tais requisitos, o pedido formulado deve ser indeferido. - Uma vez previsto em contrato a incidência do IGP-DI enquanto índice de correção monetária dos aluguéis, não se mostra cabível a sua alteração, em respeito ao

princípio *pacta sunt servanda* (TJMG - Agravo de Instrumento- Cv 1.0000.21.219096-1/001, Relator: Des. Sérgio André da Fonseca Xavier, 18ª Câmara Cível, j. em 08.02.2022, p. em 09.02.2022).

Nesse contexto, é de rigor a manutenção da decisão.

Dispositivo.

Pelo exposto, encaminho a votação no sentido de negar provimento ao recurso.

Custas pela agravante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Wagner Wilson Ferreira e Bitencourt Marcondes.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação declaratória c/c restituição de indébito – ISSQN - Serviços notariais e de registro - Serventia vaga - Serviço prestado diretamente pelo estado - Contribuinte de direito - Imunidade recíproca - Art. 150, VI, § 3º, CR/88 - Tabelião interino - Não comprovação do pagamento do tributo por meio da remuneração percebida - Ilegitimidade ativa - Recurso conhecido e não provido.

- Os serviços notariais e de registro têm natureza pública, mas, como regra geral, são exercidos em caráter privado por meio de delegação do Poder Público (art. 236, caput, CR/88), mediante concurso público de provas e títulos (art. 236, §3º, CR/88). Em casos tais, os titulares das serventias extrajudiciais, por exercerem a atividade visando à obtenção de lucro, não fazem jus à imunidade tributária, pois se enquadram na exceção prevista no art. 150, § 3º, da CR/88, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (ADI nº 3089/DF).

- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 808.202, submetido ao rito de repercussão geral, firmou entendimento do sentido de que os tabeliães interinos, designados para o exercício de função delegada nas serventias extrajudiciais, por não atenderem ao disposto nos arts. 37, II e 236, § 3º, da CR/88, atuam como prepostos do Poder Público, são agentes estatais, de forma que se sujeitam ao teto remuneratório do art. 37, inciso XI, da Carta da República.

- Nas hipóteses de serventias vagas, em que há a designação de tabeliães interinos, os serviços são prestados diretamente pelo Estado, para quem a renda é revertida, após descontadas as despesas e remuneração do preposto; assim, os serviços notariais e de registros prestados nas serventias vagas gozam da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, *a*, da CR/88.

- Não sendo o tabelião interino o contribuinte do ISSQN e não tendo comprovado seu pagamento por meio da remuneração percebida, patente sua ilegitimidade ativa para pleitear a inexigibilidade da exação e a restituição do indébito.

Apelação Cível nº 1.0000.19.105513-6/002 - Comarca de Muriaé - Apelante: Angelo Pedrosa Clemente - Apelado: Município de Muriaé. – Relator: Des. Bitencourt Marcondes.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 10 de março de 2022. - *Bitencourt Marcondes*. – Relator.

Voto

DES. BITENCOURT MARCONDES - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Angelo Pedrosa Clemente, em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Muriaé, que, no âmbito da ação ordinária ajuizada contra o Município de Muriaé, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

Pleiteia a desconstituição da sentença, aduzindo, em síntese, ter legitimidade para propositura da presente demanda, pois, durante o período em que exerceu a função de tabelião na serventia vaga (3º Ofício de Notas da Comarca de Muriaé), os recolhimentos do ISSQN incidiram tão somente sobre sua remuneração e nunca houve sobras de receitas, logo, inexistiram repasses ao Poder Público.

Aduz que, embora o STF, tanto em controle difuso, quanto em controle concentrado de constitucionalidade, já tenha enfrentado a questão relativa à cobrança de ISSQN sobre os emolumentos percebidos pelos tabeliães e oficiais titulares, tendo entendido por sua constitucionalidade, em razão de a atividade prestada estar compreendida na exceção da imunidade recíproca prevista no art. 150, § 3º, da CR/88, não tratou a questão sob a ótica da situação dos tabeliães e oficiais interinos, que atuam como prepostos do Poder Público e percebem remuneração sujeita ao teto constitucional.

O Município de Muriaé apresentou contrarrazões, pugnando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

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

Do objeto do recurso.

Insurge-se em face da sentença que julgou extinta a presente ação ordinária, por ilegitimidade ativa, aos seguintes fundamentos:

> [...]
>
> Acolho a preliminar de ilegitimidade ativa, uma vez que o autor não provou que pagou o ISSQN (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza) em seu próprio nome e com sua remuneração percebida no período em que exerceu a função de Tabelião Interino do Cartório do 3º Ofício de Notas desta cidade.
>
> Essa prova é necessária de acordo com o disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe: "A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.
>
> Ademais, o autor agiu na qualidade de um preposto do Estado de Minas Gerais, motivo pelo qual realizou o pagamento do ISSQN em nome deste, até porque consta expressamente, nas guias juntadas nos autos [...], o nome do Cartório do 3º Ofício de Notas como

sendo o contribuinte ou responsável pelo pagamento, concluindo-se que o tributo foi pago com a receita obtida pela serventia vaga, e não com a própria remuneração do autor.

Nesse sentido, de que quando há serventia vaga a atividade é prestada diretamente pelo Estado, mediante a nomeação de preposto, sendo este o motivo da imunidade quanto ao ISSQN, é a decisão nº 4620 da Corregedoria-Geral de Justiça:

"Em relação à cobrança do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, firmou entendimento de que, embora o fato gerador seja a prestação de serviço, que, na sua essência, impõe a incidência do tributo, posto que a atividade é exercida em caráter privado, tal regra não se aplica às serventias vagas, pois, nesses casos, são prestadas diretamente pelo Estado, mediante a nomeação de preposto, aplicando-se, portanto, o disposto no artigo 150, VI, *a*, da Constituição Federal, consistente na prerrogativa da imunidade recíproca entre os entes públicos"

Desta forma, se conclui que o contribuinte de direito do ISSQN nas serventias vagas é o próprio Estado, que goza da imunidade recíproca, não havendo provas de que o tributo foi arcado pessoalmente pelo autor.

Portanto, com base nos fundamentos mencionados, não possui o autor legitimidade para pleitear a restituição do ISSQN em próprio nome.

[...].

Consigne-se, inicialmente, que a discussão acerca da possibilidade da incidência do ISSQN sobre os serviços notarias e de registro ficou superada com o julgamento da ADI nº 3089/DF, pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, que entendeu pela constitucionalidade dos itens 21 e 21.1, da Lei Complementar nº 116/03:

Ação direta de inconstitucionalidade. Constitucional. Tributário. Itens 21 e 21.1. Da lista anexa à Lei Complementar 116/2003. Incidência do Imposto Sobre Serviços De Qualquer Natureza - ISSQN sobre serviços de registros públicos, cartorários e notariais. Constitucionalidade. - Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra os itens 21 e 21.1 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/2003, que permitem a tributação dos serviços de registros públicos, cartorários e notariais pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN. Alegada violação dos arts. 145, II, 156, III, e 236, *caput*, da Constituição, porquanto a matriz constitucional do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza permitiria a incidência do tributo tão-somente sobre a prestação de serviços de índole privada. Ademais, a tributação da prestação dos serviços notariais também ofenderia o art. 150, VI, a e §§ 2º e 3º da Constituição, na medida em que tais serviços públicos são imunes à tributação recíproca pelos entes federados. As pessoas que exercem atividade notarial não são imunes à tributação, porquanto a circunstância de desenvolverem os respectivos serviços com intuito lucrativo invoca a exceção prevista no art. 150, § 3º, da Constituição. O recebimento de remuneração pela prestação dos serviços confirma, ainda, capacidade contributiva. A imunidade recíproca é uma garantia ou prerrogativa imediata de entidades políticas federativas, e não de particulares que executem, com inequívoco intuito lucrativo, serviços públicos mediante concessão ou delegação, devidamente remunerados.

> Não há diferenciação que justifique a tributação dos serviços públicos concedidos e a não-tributação das atividades delegadas. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente (STF. ADI nº 3089/DF. Tribunal Pleno. Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa. DJe de 01.08.2008).

No caso em análise, o apelante sustenta a inaplicabilidade do precedente acima citado às serventias vagas, argumentando, em síntese, que, em casos tais, a atividade é prestada diretamente pelo Estado e o tabelião atua como preposto, auferindo remuneração sujeita ao teto constitucional (90,25% do subsídio dos Ministros do STF).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 808.202, submetido ao rito de repercussão geral, firmou entendimento do sentido de que os tabeliães interinos, designados para o exercício de função delegada nas serventias extrajudiciais, por não atenderem ao disposto nos arts. 37, II e 236, § 3º, da CR/88, atuam como prepostos do Poder Público, são agentes estatais, de forma que se sujeitam ao teto remuneratório do art. 37, inciso XI, da Carta da República:

> Direito Constitucional. Notários e registradores. Titulares e substitutos. Equiparação. Inviabilidade. Inteligência dos arts. 37, inciso II; e 236, § 3º, da CF/88. Remuneração dos interinos designados para o exercício de função delegada. Incidência do teto remuneratório do art. 37, inciso XI, da CF/88. Obrigatoriedade. Recurso extraordinário provido. - Os substitutos ou interinos designados para o exercício de função delegada não se equiparam aos titulares de serventias extrajudiciais, visto não atenderem aos requisitos estabelecidos nos arts. 37, inciso II; e 236, § 3º, da Constituição Federal, para o ingresso originário na função. Jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. - Diferentemente dos titulares de ofícios de notas e registros, que se classificam como agentes delegados, os substitutos ou interinos de serventias extrajudiciais atuam como prepostos do Estado e se inserem na categoria genérica dos agentes estatais, razão pela qual se aplica a eles o teto remuneratório do art. 37, inciso XI, da Carta da República. - Tese aprovada: "os substitutos ou interinos designados para o exercício de função delegada não se equiparam aos titulares de serventias extrajudiciais, visto não atenderem aos requisitos estabelecidos nos arts. 37, inciso II; e 236, § 3º, da Constituição Federal para o provimento originário da função, inserindo-se na categoria dos agentes estatais, razão pela qual se aplica a eles o teto remuneratório do art. 37, inciso XI, da Carta da República." - Recurso extraordinário provido (STF. RE nº 808.202. Rel. Min. Dias Toffoli).

Os serviços notariais e de registro têm natureza pública, mas, como regra geral, são exercidos em caráter privado por meio de delegação do Poder Público (art. 236, *caput*, CR/88), mediante concurso público de provas e títulos (art. 236, § 3º, CR/88). Em casos tais, os titulares das serventias extrajudiciais, por exercerem a atividade visando à obtenção de lucro, não fazem jus à imunidade tributária, pois se enquadram na exceção prevista no art. 150, § 3º, da CR/88, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

> Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> [...]

> VI - instituir impostos sobre:
>
> a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros:
>
> [...]
>
> § 3º - As vedações do inciso VI, *a*, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

Entretanto, nas hipóteses de serventias vagas, em que há a designação de tabeliães interinos, os serviços são prestados diretamente pelo Estado, para quem a renda é revertida, após o desconto das despesas e remuneração do preposto.

Com efeito, os tabeliães interinos percebem remuneração sujeita, inclusive, ao teto constitucional, e a receita da serventia pertence ao Estado, ou seja, trata-se de renda que integra do patrimônio estatal.

Assim, a toda evidência, os serviços notariais e de registros prestados nas serventias vagas gozam da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, *a*, da CR/88.

À propósito, vale transcrever ementa de decisões proferidas pela Corregedoria-Geral de Justiça deste Tribunal:

"Serventias vagas. IRPF. Incidência sobre a contraprestação auferida pelo interino. Exação do teto constitucional revertida aos cofres públicos. Isenção. ISSQN. Prestação de serviço público diretamente. Imunidade tributária recíproca" (Decisão nº 4620. Desembargador José Geraldo Saldanha da Fonseca. 01.07.2019).

"Consulta. Cobrança de ISSQN. Serventia vaga. Imunidade recíproca. Art. 150, VI, *a*, da Constituição da República de 1988. Decisão do Corregedor-Geral de Justiça. Observância obrigatória e aplicação imediata. Comunicação à advocacia-geral do estado" (Decisão nº 10254. Autos nº 0075135-83.2020.8.13.0000. MMª Juíza de Direito Aldina de Carvalho Soares. Assinado em 17.07.2020).

Diante desses elementos, mister concluir-se pela inexigibilidade do ISSQN sobre os emolumentos cobrados pelo 3º Ofício de Notas da Comarca de Muriaé no período em que o apelante exerceu a função de tabelião interino.

Tal ilação, entretanto, não enseja o acolhimento da pretensão deduzida em juízo, pois, como bem ressaltou o Magistrado primevo, o contribuinte do ISSQN é o Estado de Minas Gerais e não o tabelião interino, que percebe remuneração pelo exercício da função pública em caráter precário.

Com efeito, o próprio autor sustenta, em suas razões recursais, que, nas serventias vagas, a remuneração do interino é auferida após descontadas as despesas - dentre elas, é claro, os impostos -, limitada ao teto constitucional (90,25% do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal), e, em caso de existência de valor excedente, há o repasse ao Estado.

Assim, a alegação de que suportou o ônus da exação com o valor de sua remuneração, além de não comprovada, não merece prosperar.

Ressalto, ainda, que a suposta inexistência de repasses para o Estado - o que poderia ter sido demonstrado por meio de certidão da CGJ, mas não foi - não afasta a conclusão acima, na medida em que o valor do ISSQN, ao que tudo indica, era descontado das despesas do cartório, como demonstram as guias de ISS acostadas à inicial, e não da remuneração do tabelião.

Assim, não sendo o contribuinte do ISSQN e não tendo comprovado que pagou o tributo às suas expensas, patente sua ilegitimidade ativa para pleitear a inexigibilidade da exação e, via de consequência, a restituição dos valores pagos.

Conclusão.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Majoro os honorários advocatícios em 2% (dois por cento), nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Custas, pelo apelante.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Leite Praça e Versiani Penna.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de execução por título extrajudicial - Transação homologada no curso do processo - Disposições acerca da verba honorária - Consentimento de advogado substabelecido, com reserva de poderes, sem a anuência do procurador substabelecente - Direito autônomo do profissional

– Nos termos dos artigos 23 e 24, parágrafo 4º, do Estatuto da Advocacia, os honorários constituem direito autônomo do profissional, de forma que o acordo firmado entre as partes, sem sua concordância, não atinge o direito ao recebimento da verba honorária.

- O artigo 26, também do Estatuto da Advocacia, determina que "o advogado substabelecido, com reserva de poderes, não pode cobrar honorários sem a intervenção daquele que lhe conferiu o substabelecimento".

Apelação Cível nº 1.0105.15.033215-0/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: Citro Colt Ltda. - Apelado: Araujo Bretas Ltda. – Relator: Des. Fernando Caldeira Brant.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 22 de junho de 2022. - *Fernando Caldeira Brant*. – Relator.

Voto

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Edson Fernandes Viana, contra a r. sentença que, nos autos da ação de execução por título extrajudicial ajuizada por Citro Colt Ltda., em desfavor de Araujo Bretas Ltda., homologou a transação firmada entre as partes, com base no art. 487, III, *b*,do CPC, e suspendeu o feito, nos termos do art. 922, também do códex processual civil (f. 194/195, documento único).

O recurso interposto pelo advogado do exequente teve suas razões anexadas às f. 213/224 - documento único. O apelante relata que atuou como procurador da Citro Colt Ltda. no período de novembro/2018 a 12 de maio de 2020, quando então, a pedido da empresa, o Dr. Alexandre Freitas Mendes Campos foi substabelecido com reservas de honorários, passando também a atuar no feito.

Aduz que, seguindo o trâmite processual, foi realizado acordo nos autos, em petição apócrifa, sem necessária autorização, sem anuência e assinatura do advogado titular, ora apelante. Defende, com isso, a necessidade de reforma da sentença, uma vez que o acordo homologado retirou o percentual anteriormente fixado a título de honorários advocatícios, por advogado substabelecido nos autos, com reserva de poderes, o que gerou ofensa explícita ao art. 655, do Código Civil.

Prossegue ressaltando que não foi intimado para manifestar sobre os termos do acordo, quando da elaboração de sua minuta, pelo que requer a nulidade dos honorários advocatícios apresentados no referido pacto, vez que patente a ofensa ao disposto nos arts. 90 e100 do CPC.

Defende, ainda, que nos termos do art. 667, do Código Civil, é possível que sejam ressarcidos integralmente os prejuízos causados ao apelante, uma vez que comprovado que o acordo em comento é ineficaz e em seu desfavor.

Ao final, o apelante requer seja o provimento do recurso, a fim de que seja cassada a sentença homologatória ou reformada, para reconhecer a nulidade do acordo, no que diz respeito aos honorários advocatícios. Requer, ainda, a concessão da gratuidade de justiça e a condenação da apelada ao pagamento dos honorários advocatícios e demais ônus sucumbenciais.

Contrarrazões às f. 239/245, documento único.

É o relatório.

Preparo e tempestividade.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade, estando esse tempestivo frente ao prazo decorrido entre a intimação e interposição do apelo; e devidamente preparado (f. 274/275, documento único). Ausentes preliminares outras que o impeçam passo ao exame do objeto principal do recurso.

Mérito.

Como visto, o procurador do exequente interpôs o presente recurso em face da decisão que homologou o acordo entabulado entre as partes na ação de Execução de Título Extrajudicial, alegando, em síntese, a nulidade do pacto em relação aos honorários advocatícios.

Pois bem.

Sobre o tema, o Estatuto da Advocacia - Lei n° 8.906/94 - define que os honorários constituem direito autônomo do advogado:

> Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

O § 4º do art. 24, por sua vez, dispõe que "O acordo feito pelo cliente do advogado e a parte contrária, salvo aquiescência do profissional, não lhe prejudica os honorários, quer os convencionados, quer os concedidos por sentença.".

Registre-se que o diploma processual civil ratificou as regras dos arts. 23 e 24, parágrafo 4º, do Estatuto da Advocacia, ao estabelecer em seu art. 85, parágrafo 14, que "Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial."

Nesse passo, conclusão lógica é que, havendo transação entre as partes, o advogado deve anuir com os honorários advocatícios estabelecidos no pacto, caso contrário, não havendo participação do patrono, as partes não poderão convencionar a respeito da verba honorária, vez que, como dito, constitui direito autônomo do advogado.

Conclusão essa que pode ser aplicada por analogia à situação decorrente do enunciado do art. 844 do Código Civil: "A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem [...]".

Na hipótese dos autos, verifica-se que a transação firmada entre os litigantes (f. 179/180, documento único) contou apenas com a assinatura do Dr. André Campos Gregório, OAB/MG 115.772, por parte do exequente, advogado este que fora substabelecido, com reserva de honorários (f. 178, documento único).

Logo, inexistindo anuência do procurador substabelecente, Edson Fernandes Viana, OAB/MG 41.618, o acordo não é válido em relação aos honorários advocatícios, sendo devida a continuação da execução em relação à verba honorária.

Nesse ponto, vale ressaltar que, segundo o art. 26, do Estatuto da Advocacia, "o advogado substabelecido, com reserva de poderes, não pode cobrar honorários sem a intervenção daquele que lhe conferiu o substabelecimento".

Em situação semelhante, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Recurso especial. Execução de honorários advocatícios sucumbenciais promovida pelo advogado substabelecido, com reserva de poderes, sem a anuência do procurador substabelecente. Exceção de pré-executividade acolhida pelo magistrado de primeiro grau. Sentença reformada pelo tribunal de origem. Acordo celebrado entre as partes originárias. Impossibilidade de alcançar os honorários sucumbenciais. Insurgência dos executados. Recurso especial provido em parte. Hipótese em que a ação executiva é promovida pelo advogado substabelecido, com reserva de poderes, sem a anuência do procurador substabelecente, com o intuito de receber honorários advocatícios sucumbenciais. Sentença reformada pelo Tribunal de origem, afastando a declaração de inexistência de pressuposto de desenvolvimento válido do processo, bem como considerando inoponível ao exequente a celebração de transação firmada entre as a partes originárias. 1. O art. 26 da Lei nº 8.906/94 é claro em vedar qualquer cobrança de honorários advocatícios por parte do advogado substabelecido, com reserva de poderes, sem a anuência do procurador substabelecente. Incide, portanto, a clássica a regra de hermenêutica, segundo a qual onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir. 1.1. Ademais, pouco importa tratar-se de execução de honorários sucumbenciais, pois não se divisa a existência de peculiaridade a justificar a não aplicação da jurisprudência desta Corte Superior, que exige a observância do referido preceptivo legal, porque, embora o título executado seja certo e líquido, ainda se faz necessário aquilatar a existência de eventual acordo entre os procuradores representantes da parte vencedora a respeito da verba executada. 1.2. Tratando-se de um litisconsórcio necessário, curial a intervenção do procurador substabelecente, para, nos termos do parágrafo único do artigo 47 do Código de Processo Civil, determinar-se a citação deste. 2. "A verba honorária constitui direito autônomo do advogado, integra o seu

> patrimônio, não podendo ser objeto de transação entre as partes sem a sua aquiescência." (REsp 468.949/MA, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, j. em 18.02.2003, *DJ* 14.04.2003, p. 231) 3. O art. 26 da Lei nº 8.906/94 visa impedir o locupletamento ilícito por parte do advogado substabelecido, pois a aquiescência do procurador substabelecente mostra-se fundamental para o escorreito cumprimento do pacto celebrado entre os causídicos, a fim de que o patrono substabelecido, ao cobrar os honorários advocatícios, não o faça sem dar saber ao outro profissional que manteve reserva de poderes. 4. Independente da razão pela qual o advogado substabelecente não tenha composto inicialmente o polo ativo da demanda, sua ausência não enseja a imediata extinção do feito, sem julgamento de mérito. Nos termos do parágrafo único do artigo 47 do Código de Processo Civil, deve o juiz, ainda que de ofício, determinar a citação daquele (Precedentes). 5. Ademais, não se afigura correta a extinção da presente execução, como requerido pelos ora recorrentes, eis que a formalidade exigida pelo o art. 26 da Lei nº 8.906/94 é facilmente atendida pelo retorno dos autos à origem, para que o exequente promova a citação do procurador substabelecente, a fim de que este tome ciência a respeito do processo executivo. Tal solução do caso atende a finalidade ética da norma em análise, bem como preserva os atos processuais até então praticados, em atenção aos princípios da instrumentalidade do processo e da inafastabilidade da jurisdição. 6. Recurso especial adesivo interposto por Genésio Neilôr Finger - Espólio não conhecido. Apelo extremo aviado por Cerealista Palotinense Ltda. e outros provido parcialmente, a fim de determinar o retorno dos autos ao Juízo de Direito de origem, para se intimar o exequente, no intuito de que este promova a citação do procurador substabelecente em 20 (vinte) dias, nos termos do parágrafo único do art. 47 do Código de Processo Civil (REsp 1068355/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, j. em 15.10.2013, *DJe* de 06.12.2013).

Por fim, não é demais esclarecer que, em relação aos demais termos acordados, não há que se falar em nulidade, pois, preenchidos os requisitos de validade, previstos nos arts. 104 e 166, do Código Civil, quais sejam: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para, reformando a sentença, determinar que a execução prossiga em relação aos honorários do advogado Edson Fernandes Viana, OAB/MG 41.618, ora apelante.

Custas recursais pelo apelado.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Vicente de Oliveira Silva e Manoel dos Reis Morais.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo de instrumento - Tutela antecipada antecedente - Serviços educacionais - Pandemia - Teoria da imprevisão - Redução das mensalidades - Ausência dos requisitos.

- A tutela de urgência deve ser deferida quando for demonstrada a "probabilidade do direito" e o "perigo de dano" ou o "risco ao resultado útil do processo" (art. 300 do CPC). Segundo entendimento do e. STJ, somente se aplica a teoria da imprevisão quando for demonstrada a ocorrência, após a vigência do contrato, de evento imprevisível e extraordinário que onere excessivamente uma das partes contratantes (AgInt no AREsp nº 1309282/PR). O reconhecimento de estado de calamidade em decorrência da pandemia de Covid-19, embora possa caracterizar evento imprevisível, capaz de impactar nas contratações, não fundamenta, de per si, interferência do Poder Judiciário nos contratos, sobretudo quando há necessidade de dilação probatória acerca do direito invocado (redução do valor de mensalidade escolar). Também não se afigura perigo de dano, considerando que, se for o caso, ao final da ação, poderá haver a compensação ou restituição dos valores pagos.

Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.21.269810-4/001 - Comarca de Juiz de Fora - Agravantes: Ana Cristina Carvalho Villela da Costa, Bruno Fajardo do Nascimento, Daniel Lisboa de Oliveira, Daniel Marcos Silveira Barletta, Leonardo Coelho Guerra, Nathalia Amaral Dobal, Rodrigo Vianna Pivari, Sabrina Cortes Fonseca Pivari - Agravado: Associação Nobrega De Educação e Assistência Social – ANEAS. – Relator: Des. Manoel dos Reis Morais.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 30 de março de 2022. - *Manoel dos Reis Morais*. – Relator.

Voto

DES. MANOEL DOS REIS MORAIS - Ana Cristina Carvalho Villela da Costa e outros agravam da decisão proferida nos autos da ação revisional para adequação de contrato educacional ajuizada contra Associação Nóbrega de Educação e Assistência Social - Colégio Jesuítas, que indeferiu o pedido liminar (ordem nº 28).

Sustentam que o pedido de redução do valor das matrículas possui amparo na ausência de previsão legal acerca da autorização para ensino à distância da educação fundamental (art. 32, § 2º da LDB e art. 8º do Decreto nº 9.057, de 2017). Relatam que o sistema híbrido de ensino, decorrente da pandemia do coronavírus, em que pese necessário à manutenção da saúde dos estudantes, possui flagrante desproporção contratual, considerando a cobrança integral da mensalidade. Esclarecem que alguns estudantes receberam descontos nas mensalidades em detrimento de outros, o que gera desigualdade na comunidade escolar. Aduzem que, independentemente da redução dos custos da

agravada, os serviços educacionais, prestados na modalidade remota, perdem em qualidade, eficácia e tempo de duração. Pede a antecipação dos efeitos da tutela recursal, para reduzir em 30% (trinta por cento) as mensalidades da instituição de ensino, bem como que a rematrícula dos estudantes não seja impedida, enquanto não houver decisão definitiva. Ao final, requer o provimento do recurso (ordem nº 1).

Preparo regular (ordem nº 3).

O recurso foi recebido sem efeito suspensivo. Contrarrazões ofertadas (ordem nº 37).

É o relatório.

Admissibilidade.

Recurso próprio, tempestivo e preparado.

Mérito.

O objetivo do recurso é obter provimento para que seja deferida a tutela antecipada consistente na redução de ate 30% (trinta por cento) no valor das mensalidades enquanto perdurar a suspensão das aulas na forma presencial.

Acerca da tutela de urgência, o CPC dispõe que será concedida quando houver elementos que evidenciem a "probabilidade do direito" e o "perigo de dano" ou o "risco ao resultado útil do processo" (art. 300). Ressalte-se que os requisitos são cumulativos e não basta a demonstração da plausibilidade do direito, sendo necessária inclinação à certeza das alegações com base na prova produzida.

A propósito da temática:

> Agravo de instrumento. Ação declaratória de inexistência de débito. Tutela provisória de urgência. Necessidade de dilação probatória. Ausência dos requisitos. Indeferimento. Manutenção. Medida que se impõe. - Nos termos do art. 300, do CPC/2015, concede-se a tutela provisória de urgência quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Assim, ausentes os requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência, diante da necessidade de dilação probatória, impõe-se a manutenção do seu indeferimento (TJMG. AI nº 1.0000.18.025034-2/001, Relator: Des. Luciano Pinto, 17ª Câmara Cível, j. em 18.10.2018, p. em 19.10.2018).

Trata-se de ação revisional para adequação de contrato educacional, ajuizada pelos agravantes, ao argumento de que a agravada comprometeu-se a ministrar aulas presenciais com carga horária anual de 800h/aula (oitocentas horas por aula), mas, com a disseminação da pandemia do coronavírus, tornou-se necessário o isolamento social, com a consequente suspensão das atividades escolares presenciais desde 18.03.2020. Alegaram que os estudantes passaram a ficar em casa, haja vista a implementação de aulas virtuais intercaladas, e, consequentemente, sem receber a contraprestação de serviço justa e adequada ao valor cobrado. Pediram, em sede liminar, para que

> seja aplicada a redução de até 30% (trinta por cento) do valor da mensalidade contratada enquanto perdurarem a suspensão das aulas presenciais; seja determinada obrigação de fazer, determinando que o réu emita boletos com os devidos descontos para os Autores, sob pena de multa diária [...]; o Réu não impeça a rematrícula dos filhos dos Autores para o ano letivo de 2022 e subsequentes, até que se obtenha o trânsito em julgado na presente ação revisional, sob pena de multa diária (ordem nº 5).

A decisão agravada foi concertada nos seguintes termos:

> Em conformidade ao art. 300 do CPC, 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.
>
> E à luz da orientação legal acima, o pedido de tutela de urgência não pode ser acolhido, pelo menos neste momento, porque justamente agora todos os estabelecimentos de ensino vêm restabelecendo, ainda que de forma gradual, a prestação dos serviços de forma presencial.
>
> Importante destacar que os próprios autores reconhecem, em sua inicial, que o estabelecimento de ensino vem prestando os serviços de ensino de forma híbrida.
>
> Assim, à primeira vista, o estabelecimento tem que manter o número de profissionais/funcionários necessários para prestar os serviços presenciais e, também, oferecer à outra parte dos alunos os mesmos serviços, mas à distância.
>
> Não é possível saber, pois, se esse sistema híbrido é realmente menos custoso à ré, visto que o estabelecimento de ensino está sendo mantido em atividade presencial e, ao mesmo tempo, como prestação de serviços remotamente.
>
> Portanto, o pedido de tutela de urgência não pode ser acolhido (ordem nº 28).

A par disso, o agravante insiste na redução da mensalidade a partir de abril até o retorno das atividades da agravada.

Entretanto, não lhe assiste razão.

A teoria da imprevisão está regrada no CC:

> Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

A incidência desse regramento está condicionada à ocorrência de evento imprevisível e extraordinário, após a vigência do contrato, capaz de tornar excessivamente onerosa a prestação estabelecida em desfavor de uma das partes.

A propósito do tema, confira-se o entendimento do e. STJ:

> Agravo interno no agravo em recurso especial. Embargos à execução. Decisão monocrática que negou provimento ao reclamo. Insurgência da parte embargante. - A jurisprudência desta Corte Superior possui entendimento segundo o qual a Teoria da Imprevisão somente se aplica quando for demonstrada a ocorrência, após a vigência do contrato, de evento imprevisível e extraordinário que onere excessivamente uma das partes contratantes, não se inserindo, nesse contexto, as intempéries climáticas. Incidência da Súmula 83/STJ, aplicável tanto aos recursos interpostos pela alínea *c* como pela alínea *a* do permissivo constitucional. - A reforma do julgado recorrido, quanto aos requisitos legais para aplicação da teoria da imprevisão, demandaria o reexame de fatos e provas, prática vedada pela Súmula 7/STJ. - A subsistência de fundamento inatacado no acórdão recorrido, apto a manter a conclusão do aresto impugnado impõe o reconhecimento da incidência da Súmula 283 do STF, por analogia. - Agravo interno desprovido (AgInt no AREsp 1309282/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, j. em 12.08.2019, *DJe* de 15.08.2019).

Em princípio, o reconhecimento de estado de calamidade pública em decorrência da pandemia de COVID-19, embora possa caracterizar evento imprevisível capaz de impactar nas contratações, não fundamenta, de per si, interferência do Poder Judiciário nos contratos, porquanto necessária dilação probatória para aferir se houve onerosidade excessiva em desfavor de uma das partes.

Além disso, as instituições de ensino gozam de autonomia administrativa para gerir a prestação de seus serviços educacionais. Logo, em princípio, a concessão de descontos nas mensalidades caracteriza liberalidade da instituição de ensino como manifestação de sua autonomia de vontade, gestão financeira e patrimonial.

Deve-se levar em consideração também que a pandemia configura situação capaz de alterar a forma de prestação dos serviços contratados. É notória a implantação da modalidade de ensino à distância pelas instituições de ensino em todo o Brasil como medida para enfrentamento da emergência de saúde pública, circunstância que, em tese, não significa descumprimento contratual.

Conquanto os agravantes aleguem risco de dano sobre a manutenção do valor integral das mensalidades, não fizeram nenhuma prova acerca da redução de suas respectivas capacidades financeiras que estaria inviabilizando-os de continuar pagando as mensalidades e de renovar a matrícula para o próximo semestre.

Noutro ponto, prudente assegurar que também não há provas acerca de diminuição da qualidade do ensino, sendo que referido prejuízo e eventual desequilíbrio contratual, a ensejar a redução do valor das parcelas do contrato, demanda dilação probatória.

Rememore-se que essa situação pandêmica abarca a todos, inclusive a instituição agravante e os agravados, ou seja, trata-se de força maior que, em princípio, não implica na redução do valor das mensalidades.

Nesse contexto, o desconto das mensalidades em qualquer percentual, sem prévia dilação probatória para aferir se a redução das despesas com água, energia elétrica, limpeza etc. impactaram nos gastos da agravante a ponto de desequilibrar a relação contratual entre as partes se mostrar

arbitrário e poderia causar prejuízo as suas atividades, até mesmo impossibilitando-a de prestar os serviços contratados.

Além de não se evidenciar a probabilidade do direito invocado pela agravante, também não se afigura perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, considerando que, se for o caso, ao final da ação, poderá haver compensação ou a restituição dos valores pagos conforme já decidiu este e. TJMG:

> Agravo de instrumento. Tutela provisória de urgência. Ação revisional de contrato. Prestação de serviços educacionais. Redução nas mensalidades escolares. Necessidade de dilação probatória. Ausência de perigo de dano. Abstenção de inclusão do nome do devedor nos cadastros restritivos de crédito. Ausência de probabilidade do direito. Súmula 380 do STJ. - Segundo o art. 300 do CPC, são requisitos gerais para a concessão das tutelas provisórias de urgência: a demonstração da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. - Deve ser indeferida a tutela de urgência requerida quando não evidenciada a probabilidade do direito invocado pela parte requerente, através dos elementos até então constantes dos autos, demandando maior dilação probatória, bem como não houver perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, tendo em vista que, em caso de eventual procedência da ação, poderá haver a compensação ou restituição dos valores já pagos. - De acordo com a Súmula 380 do STJ, a simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do devedor (TJMG. AI nº 1.0000.20.440754-8/001, Relator: Des. João Cancio, 18ª Câmara Cível, j. em 14.07.2020, p. em 15.07.2020).

Acerca do tema:

> Agravo de instrumento. Ação revisional de contrato. Prestação de serviços educacionais. Insurgência contra decisão que deferiu a tutela de urgência para a redução de mensalidades em razão do cenário atual da pandemia do Covid-19. Autora que não comprovou a aventada dificuldade financeira. Instituição de ensino que mantém a prestação dos serviços virtualmente sendo presumível a existência de custos operacionais. Hipótese que demanda a formação do contraditório e dilação probatória. Inviável a concessão da medida pretendida em sede de cognição sumária porquanto não preenchidos os requisitos do artigo 300 do CPC decisão reformada. Recurso provido (TJSP. AI nº 2181359-48.2020.8.26.0000; Relator: Cesar Luiz de Almeida, 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 6ª Vara Cível; j. em 31.08.2020, Data de Registro: 31.08.2020).

> Agravo de instrumento. Obrigação de fazer. Serviços educacionais. Faculdade de odontologia. Pretensão de redução de mensalidade para 50% do valor cobrado. Impossibilidade. Aulas que continuam a ser oferecidas à distância em obediência às regras sanitárias e governamentais decorrentes da pandemia de Covid-19. Concessão da tutela de urgência inaudita altera parte. Descabimento. Ausência de provas de efetiva e significativa redução de custos para a prestadora de serviços a justificar o acolhimento da medida pleiteada. Questão que depende de aprofundamento da análise de prova a ser produzida sob o crivo do contraditório. Ausência dos requisitos do artigo 300 do CPC. Decisão mantida. Recurso improvido (TJSP. AI n. 2152103-60.2020.8.26.0000; Relator: Walter Exner; 36ª Câmara

de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 8ª Vara Cível; j. em 26.08.2020, Data de Registro: 26.08.2020).

Prestação de serviços educacionais. Pandemia por COVID-19. Aulas contratadas na modalidade presencial que passaram a ser oferecidas de forma remota. Tutela de urgência destinada reduzir o valor da mensalidade. Descabimento. Exceção feita à hipótese versada na Lei 9.870/99, ao aluno não é dado imiscuir-se no exame das contas internas de instituição de ensino para conhecer a proporção entre seus custos e sua renda e, com isso, aferir se o valor cobrado pela mensalidade se lhe apresenta de boa medida. Ele pode, sim, pleitear a redução daquele valor ao fundamento de que de modo indevido e prejudicial ao contratante a instituição de ensino alterou a forma pela qual o serviço devia ser prestado. Necessidade de aclaramento da situação fática quanto a tal ponto. Recurso provido (TJSP. AI n. 2167784-70.2020.8.26.0000; Relator: Arantes Theodoro; 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 6ª Vara Cível, j. em 25.08.2020, Data de Registro: 25,08,2020).

Com essas considerações, a manutenção da decisão é imperativa. Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Custas e despesas recursais pela agravante, suspensa a exigibilidade em razão da concessão da gratuidade recursal.

É como se vota.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Fernando Lins e Lílian Maciel.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo de instrumento - Cumprimento de sentença- Extinção de condomínio - Direito de preferência - Decisão anterior que determinava a prévia intimação dos condôminos sobre a existência de oferta em valor inferior à avaliação do imóvel - Não observância - Quebra de legítima expectativa - Leilão eletrônico - Possibilidade de oferta de lance em iguais condições à do terceiro arrematante - Ausência de comprovação.

- Conquanto o STJ possua entendimento firmado no sentido de que o direito de preferência do condômino deverá ser exercido no dia em que for designada a praça ou leilão, essa orientação perde sentido se, na hipótese dos autos, o juízo de origem consignar, expressamente, que as partes deveriam ser previamente intimadas acerca de eventual oferta de terceiros em valor inferior ao da avaliação do respectivo imóvel, oportunidade em que a preferência certamente poderia ser exercida.

- Se inexistem provas de que o procedimento adotado no leilão eletrônico tenha concedido ao condômino a possibilidade de ofertar lance em igual condição à de terceiros, deve ser tomada como válida a sua imediata manifestação nos autos do processo, indicando o interesse no exercício de direito de preferência, inclusive quando acompanhada do respectivo depósito judicial.

Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.20.578395-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: A.S.S. - AGRAVADO: S.L.C. – Relator: Des. Fernando Lins.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 18 de maio de 2022. - *Fernando Lins*. – Relator.

Voto

DES. FERNANDO LINS - Cuida-se de recurso de agravo de instrumento, interposto por A.S.S., objetivando a reforma da decisão interlocutória (evento nº 163) prolatada pelo juízo da 4ª Vara da Família da Comarca de Belo Horizonte que, no âmbito do cumprimento de sentença movido por S.L.C., declarou precluso o direito de preferência da ora agravante, com relação à aquisição do imóvel arrematado em leilão.

Em suas razões (evento nº 01), a recorrente narra que o agravado ingressou com cumprimento de sentença na origem visando a venda judicial do imóvel dos ex-cônjuges, bem como a cobrança de aluguéis até a data da decretação do divórcio.

Destaca que, irreconciliáveis as partes, o imóvel foi levado à hasta pública (leilão virtual), sendo arrematado pela metade do valor de avaliação.

Ressalta que, na primeira oportunidade que teve para se manifestar nos autos, sinalizou expressamente o seu direito de preferência na aquisição do imóvel, porém o juízo de origem afastou tal pretensão, sob fundamento de que esse direito deve ser exercido no dia da hasta pública e não posteriormente.

Defende que, nos termos do parágrafo único do art. 1.322 do Código Civil, conhecidas as propostas e o maior lance, abre-se a licitação entre condôminos para exercício do direito de preferência, na qual, existindo lance igual entre o condômino e o terceiro estranho ao condomínio, prefere-se o condômino.

Aponta a desproporcionalidade da negativa ao seu direito de preferência, pontuando que os autos de origem não se tratam de execução contra devedor solvente que inadimpliu algum pacto comercial.

Sinaliza possíveis nulidades no processo de arrematação do imóvel, sob o argumento de que um eventual lance maior foi descartado de forma duvidosa.

Disserta sobre a necessidade da concessão antecipada da tutela recursal, de modo a lhe conceder o direito de preferência na aquisição do imóvel, a ser confirmado com o provimento do recurso.

Inicialmente, o presente recurso fora distribuído para a 19ª Câmara Cível (Direito Público), ocasião em que o Des. Leite Praça, pela decisão de evento nº 171, declinou a competência para uma das Câmaras Cíveis de Direito Privado, entendendo que a matéria devolvida no recurso

> possui natureza de direito civil privado, pois, em que pese o bem objeto da lide tenha sido adquirido na constância da relação conjugal, essa já foi extinta por sentença transitada em julgado, que decretou a partilha do bem, remanescendo questão meramente patrimonial.

Os benefícios da gratuidade de justiça pleiteados pela parte agravante foram indeferidos (evento nº 176), tendo a parte comprovado o recolhimento do preparo nos eventos nº 177/179.

O efeito suspensivo pleiteado no recurso foi deferido (evento nº 180), sobrestando os efeitos da decisão, afastou o direito de preferência da agravante e, por consequência, determinou a expedição de carta de arrematação do imóvel.

Em seguida, por meio da decisão juntada no evento nº 181, foi suscitado conflito de competência, autos nº 1.0000.20.578395-4/002, objetivando que o Órgão Especial declarasse a competência da 19ª Câmara Cível para a análise e julgamento do presente recurso.

Todavia, o aludido conflito foi rejeitado, definindo-se a competência deste Relator suscitante para o processamento e julgamento do presente recurso, conforme acórdão juntado no evento nº 186.

O terceiro interessado (arrematante do imóvel) apresentou contraminuta em evento nº 189. Por seu turno, o exequente apresentou sua contraminuta em evento nº 201.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade recursal.

Na espécie, verifica-se que o agravado, ex-cônjuge da agravante, ingressou com o cumprimento da sentença que determinou a venda de imóvel de propriedade conjunta dos litigantes. Em virtude da ausência de acordo entre as partes, o imóvel em questão foi levado a leilão, realizado em ambiente virtual.

Ao determinar a venda judicial do imóvel, o magistrado de origem teceu as seguintes considerações:

> Levando-se em conta que não houve impugnação ao valor atribuído ao bem pelas corretoras de imóvel, fixo o valor do bem em R$330.000,00.
>
> O leiloeiro e a Secretaria deste juízo deverão observar o procedimento previsto na Portaria Conjunta TJMG nº 772/PR/2018.
>
> A alienação deverá ser efetivada pelo prazo máximo de 6 meses, por preço não inferior ao valor acima, mediante o depósito de pelo menos 25% do valor à vista, autorizado o parcelamento do restante em até seis vezes.
>
> Caso haja interessados na aquisição por valor inferior ao da avaliação, as propostas serão consignadas nos autos para decisão judicial do incidente, dando-se ciência às partes para manifestação no prazo comum de 5 dias.
>
> Fica desde já registrado, entretanto, que, em nenhuma hipótese o bem poderá ser vendido por preço inferior a 50% do valor atualizado de avaliação do bem, observando-se, ainda, o disposto no art. 896 do Código de Processo Civil, caso se trate de bem imóvel de incapaz.

Portanto, verifica-se que o *decisum* impugnado consignou a possibilidade das partes se manifestarem acerca de eventual proposta em valor inferior à avaliação feita previamente, sendo certo que, nesse momento, alguma das partes, a princípio, poderia informar o interesse na aquisição do imóvel.

Não se ignora que a jurisprudência dominante considera que o momento ideal para o exercício do direito de preferência seja durante a realização da hasta pública/leilão:

> Processual civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Condômino. Direito de preferência. Oportunidade. Praça ou leilão. Súmula 83/STJ. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211/STJ.- Não se admite o recurso especial, quando não tratada na decisão proferida pelo Tribunal de origem a questão federal suscitada, apesar de opostos embargos de declaração. - Nos termos da jurisprudência desta Corte, o direito de preferência do condômino deve ser exercido no momento oportuno, qual seja, no dia em que se deu a praça ou leilão. - Agravo interno a que se nega provimento (AgRg no AREsp 729.406/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 14.06.2016, *DJe* de 17.06.2016).
>
> Agravo regimental. Medida cautelar. Agravo de instrumento. Tempestividade. Terceiro que não integrava a lide. Acórdão recorrido julgado em conformidade com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça. Poder judiciário Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. - O direito de preferência do condômino deve ser exercido no momento

> oportuno, qual seja, no dia em que se deu a praça ou leilão. - Agravo regimental não provido (AgRg na MC 17.571/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 03.03.2011, *DJe* de 10.03.2011).

Todavia, no caso dos autos, o comando judicial supracitado gerou uma expectativa à agravante - coproprietária do imóvel - de exercer seu direito de preferência nos autos, na hipótese em que valor do lance ofertado por terceiros fosse inferior ao da avaliação do imóvel.

Assim, ao modificar essa orientação e consignar que a agravante deveria ter exercido esse direito até o dia do leilão, o juízo de origem acabou decidindo de forma contraditória, em patente violação os princípios da segurança jurídica e da confiança.

Outrossim, parece-me verossímil a alegação da agravante, no sentido de que ficou impedida de ofertar um lance em igual condição aos dos demais interessados.

Em primeiro lugar, destaca-se que o edital do respectivo leilão assim dispunha:

> 1º leilão: início a partir da inserção do presente Edital no referido site, com encerramento no dia 14.09.2020 às 18:00 horas . Se não for arrematado no período do 1ª leilão, imediatamente inicia-se o período do 2ª leilão.
>
> 2º leilão: no dia 24.09.2020 às 14:00 horas inicia o fechamento do 2º leilão, e os bens que não receberem ofertas, ficarão disponíveis para repasse e recebimento de lances (evento nº 140).

Ao que tudo indica, não houve oferta de lances até o encerramento do segundo leilão, previsto para 24.09.2020, às 14h00. Nesse ponto, a agravante demonstrou que lance posteriormente declarado vencedor, no valor de R$165.000,00 (cento e sessenta e cinco mil reais), somente foi efetivado às 14h15min do referido dia, ou seja, depois do horário previsto para o seu encerramento.

Conquanto o instrumento editalício estabelecesse que os bens que não recebessem lances ficariam disponíveis para repasse e oferta de novas propostas, esse não foi claro quanto ao termo final dessa fase, tendo a autora informado que às 16h30min do dia 24.09.2020, o sistema já estava indisponível.

Neste contexto, é inegável que essa omissão restringiu o direito de exercício de preferência da recorrente durante o leilão.

Como se não bastasse, não é possível concluir que também seria possível o exercício de preferência quando da realização do ato, em idênticas condições àquele que deu o melhor lance.

A alegação de que a interessada deveria ter realizado lance antes do encerramento do leilão judicial não atenderia à norma quanto ao direito de preferência, porque a proposta se daria em valor superior ao anterior e não em igualdade de condições, até porque não se tem notícias de que o leilão eletrônico tenha permitido à coproprietária do bem objeto da hasta de exercer o seu direito durante o respectivo ato.

Logo, se, em tese, é necessário dar lance em valor superior, padecem dúvidas se essa sistemática realmente importaria em igualdade de condições.

Portanto, tendo a agravante, logo após o leilão, informado que iria exercer o seu direito de preferência, juntando, na oportunidade, o comprovante de depósito judicial em numerário idêntico ao do lance vencedor, deve ser concedida a ela a oportunidade de adjudicar o imóvel para si.

Aliás, considero que esse foi o único momento possível para que a condômina pudesse ofertar um lance em iguais condições ao terceiro, de modo a atender previsão contida no art. 1.332 do Código Civil:

> Art. 1.322. Quando a coisa for indivisível, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o apurado, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, e entre os condôminos aquele que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior.

Frise-se que, a essa altura, o auto de arrematação ainda não havia sido assinado pelo magistrado, motivo pelo qual o negócio não poderia ser considerado perfeito, acabado e irretratável. *In verbis*:

> Art. 903. Qualquer que seja a modalidade de leilão, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, a arrematação será considerada perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma de que trata o § 4º deste artigo, assegurada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos.

Em conclusão, como ainda não havia ocorrido a finalização do auto de arrematação, porque ausente assinatura do julgador de origem e tendo a agravante ofertado proposta em condição semelhante ao do terceiro arrematante - acompanhada do respectivo depósito judicial -, deverá ser reconhecido o seu direito de preferência.

Por consequência lógica, impõe-se a devolução da integral quantia paga pelo terceiro interessado, Heder Charles da Silva, com os devidos acréscimos legais.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para reformar a decisão atacada, de modo a reconhecer o direito de preferência da agravante em adjudicar o imóvel objeto da lide.

Custas recursais pelos agravados, a serem rateadas em igual proporção.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Fernando Caldeira Brant e Vicente de Oliveira Silva.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de busca e apreensão - Alienação fiduciária - Extinção do feito sem resolução do mérito - Veículo registrado em nome de terceiro - Irrelevância - Mera formalidade administrativa - Registro do gravame no órgão de trânsito competente- Constituição da propriedade fiduciária - Cassação da sentença.

- Havendo o registro da alienação fiduciária do veículo junto ao DETRAN, torna-se irrelevante o fato de a propriedade do veículo ainda constar em nome de terceiro, uma vez que se constituiu a propriedade fiduciária, produzindo efeitos perante as partes e terceiros, o que viabiliza o ajuizamento da ação de busca e apreensão em face da parte requerida.

- A transmissão de bens móveis completa-se com a tradição (art. 1.226, CC/2002).

- Constituída a propriedade fiduciária e se completando a tradição, não há que se falar em ilegitimidade passiva do devedor, posto que o registro da transferência junto ao DETRAN se trata de mera formalidade administrativa, devendo ser cassada a sentença que extinguiu prematuramente o feito.

Apelação Cível nº 1.0000.22.004572-8/001 - Comarca De Betim - Apelante: Aymoré Credito, Financiamento e Investimento SA - Apelado: Breno Abner Resende. – Relator: Des. José Eustáquio Lucas Pereira.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 21ª Câmara Cível Especializada do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar provimento ao recurso e cassar a sentença.

Belo Horizonte, 23 de março de 2022. - *José Eustáquio Lucas Pereira*. – Relator.

Voto

DES. JOSÉ EUSTÁQUIO LUCAS PEREIRA - Trata-se de recurso de apelação, manejado por Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A em face da sentença (doc. Ordem 30), proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Mucio Monteiro da Cunha Magalhães Júnior, da 3ª Vara Cível da Comarca de Betim/MG, que, nos autos da ação de busca e apreensão ajuizada pela apelante em desfavor de Breno Abner Resende, julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 485, VI, do CPC, por ilegitimidade passiva, e condenou a parte autora ao pagamento das custas finais.

Em suas razões recursais (doc. Ordem 33), a apelante alegou, em suma, que: a) o veículo descrito na inicial foi fornecido como garantia do contrato entabulado entre as partes; b) o fato de o veículo estar cadastrado em nome do antigo proprietário não possui o condão de desvincular as partes,

nem mesmo ensejar o fim prematuro da ação; c) o gravame da alienação fiduciária encontra-se inserto no prontuário do veículo; d) o apelado não se dignou a transferir o bem para o seu nome.

Ressaltou que

> o dever de transferir a titularidade do bem não decorre apenas de uma obrigação contratual, mas é ainda uma determinação legal, dirigida única e exclusivamente ao novo proprietário e vem contida no Código de Trânsito Brasileiro, em seu artigo 123, inciso 1 e parágrafo primeiro.

Transcreveu arestos em prol de seus argumentos e, ao final, pugnou pelo provimento do recurso, para cassar a sentença e determinar o regular prosseguimento do feito no primeiro grau.

Preparo devidamente recolhido (doc. Ordem 34).

Não houve contrarrazões.

Vieram-me os autos conclusos.

Relatados, tudo visto e examinado, decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Versam os autos sobre ação de busca e apreensão ajuizada por Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A em desfavor de Breno Abner Resende, na qual a autora requer a concessão de liminar de busca e apreensão e, ao final, a consolidação da propriedade e posse exclusiva do objeto da garantia, nos termos do Decreto Lei nº 911/1969.

Deferida a liminar de busca e apreensão do bem (doc. Ordem 15).

Sobreveio sentença (doc. Ordem 30) que julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 485, VI, do CPC, por ilegitimidade passiva, e condenou a parte autora ao pagamento das custas finais, sob os seguintes fundamentos:

> Considerando a tela juntada aos autos no ID 5997203002 e a juntada neste ato, o registro do veículo em nome de terceiro alheio ao processo, acarreta o reconhecimento da ilegitimidade passiva da parte ré com a consequente extinção do feito.
>
> Portanto, pelo exposto, julgo extinto o feito, sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, VI, do CPC. Condeno a parte autora ao pagamento das custas finais.

Pois bem.

Cinge-se a controvérsia tão somente em analisar a legitimidade passiva do requerido/apelado, enquanto o financiamento do veículo se deu em seu nome, mas se encontra registrado em nome de terceiro.

Verifica-se que o Juízo *a quo* prolatou sentença extinguindo o feito sem resolução do mérito sob o entendimento de ilegitimidade passiva da parte requerida (Breno Abner Resende), haja vista que

o veículo encontra-se em nome de David de Rezende, terceiro estranho à lide, conforme pesquisa realizada pela Secretaria do Juízo *a quo* no sistema RENAJUD (doc. Ordem 26).

No entanto, compulsando os autos, verifica-se que foi acostada a Cédula de Crédito Bancário demonstrando a contratação do financiamento pelo requerido (doc. ordem 06).

Ademais, a instituição financeira procedeu ao devido registro do gravame sobre o veículo junto ao DETRAN (doc. ordem 08).

Nesse passo, havendo o registro da alienação fiduciária do veículo junto ao DETRAN, torna-se irrelevante o fato de a propriedade do veículo ainda constar em nome de terceiro, uma vez que se constituiu a propriedade fiduciária, produzindo efeitos perante as partes e terceiros.

Sobre o tema, dispõe o art. 1.361, § 1°, do Código Civil da seguinte forma:

> Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.
>
> § 1° Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

Incontroverso, portanto, que, fazendo-se a anotação da alienação fiduciária junto ao DETRAN, resta constituída a propriedade fiduciária em favor da instituição financeira, ainda que o bem esteja em nome de terceiro estranho à lide, o que viabiliza o ajuizamento da ação de busca e apreensão.

A propósito já decidiu este eg. Tribunal:

> Apelação cível. Ação de busca e apreensão. Extinção sem resolução do mérito. Transferência da propriedade pela tradição. Registro no órgão de trânsito competente em nome de terceiro. Mera formalidade. - O art. 1.226 do Código Civil prevê que: "os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição". - O registro do contrato no DETRAN, fazendo-se a anotação no certificado de registro do veículo, constitui a propriedade fiduciária (art. 1.361, § 1º, CC) e viabiliza o ajuizamento da ação de busca e apreensão desse bem, tendo em vista que a propriedade fiduciária foi legalmente constituída e produz efeitos entre as partes e terceiros (TJMG - Apelação Cível 1.0000.20.529101-6/001, Relator: Des. Claret de Moraes, 10ª Câmara Cível, j. em 06.10.2020, p. em 15.10.2020).
>
> Apelação cível. Ação de busca e apreensão. Pressupostos de constituição e desenvolvimento regular princípio da não surpresa. Inobservância. Veículo registrado em nome de terceiros. Irrelevância. - O artigo 10 do CPC dispõe sobre o princípio da não surpresa que "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício". Antes de reconhecer, de ofício, a falta de pressuposto de constituição e desenvolvimento do processo, deve ser assegurado o exercício do contraditório. O registro da alienação fiduciária junto aos órgãos de trânsito viabiliza o

> ajuizamento da ação de busca e apreensão, tendo em vista que a propriedade fiduciária foi legalmente constituída e produz efeitos entre as partes e terceiros. Recurso provido para cassar a sentença (TJMG - Apelação Cível 1.0775.17.001679-1/001, Relator: Des. Manoel dos Reis Morais, 20ª Câmara Cível, j. em 04.08.2021, p. em 10.08.2021).
>
> Agravo de instrumento. Busca e apreensão. Restrição de alienação fiduciária no prontuário do DETRAN. Veículo registrado em nome de terceiro. Irrelevância. Inadimplemento do devedor. Constituição em mora. Liminar concedida. - Havendo registro da alienação fiduciária no prontuário do veículo no Detran, irrelevante o fato de se encontrar registrado em nome de terceiro, haja vista que à restrição foi dada a devida publicidade, produzindo efeitos entre as partes e em relação a terceiros. - Demonstrado o inadimplemento do devedor e a sua regular constituição em mora, a concessão da liminar de busca e apreensão é medida que se impõe. - Recurso provido (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.465866-0/001, Relator: Des. Cabral da Silva, 10ª Câmara Cível, j. em 27.11.2020, p. em 02.12.2020).

Há de se ressaltar, ainda, que a transmissão de bens móveis se completa com a tradição, dispondo o Código Civil, em seu art. 1.226, que "os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição", de modo que o registro de transferência de propriedade do veículo se trata de mera formalidade administrativa.

Ademais, é de bom alvitre consignar que o art. 3°, do Decreto-Lei n° 911/69, que estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária, estabelece que estando comprovada a mora do devedor, o credor poderá requerer contra aquele ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, *in verbis*:

> Art. 3° O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário.

Ante o exposto, denota-se a irrelevância para a ação de busca e apreensão que o bem alienado fiduciariamente esteja registrado em nome próprio da parte devedora ou de terceiro, não havendo que se falar em ilegitimidade passiva do requerido/apelado, razão pela qual, *data venia*, deve ser cassada a sentença primeva que extinguiu o feito prematuramente.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso e casso a sentença, para determinar o regular prosseguimento do feito, com a citação da parte requerida.

Custas ao final na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Alexandre Victor de Carvalho e Marcelo Rodrigues.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO E CASSARAM A SENTENÇA.

Apelação cível – Previdenciário - Ação de concessão de auxílio-acidente – INSS - Tema416 - Grau da lesão – Irrelevante – Concessão - Recurso provido - Sentença reformada.

- O art. 86 da Lei nº 8.213/91 dispõe que o auxílio acidente é devido ao segurado que, após lesões consolidadas em virtude de acidente de qualquer natureza, verifique uma redução de capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

- O Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recursos Repetitivos, fixou o Tema 416, o qual dispõe que: "Exige-se, para concessão do auxílio-acidente, a existência de lesão, decorrente de acidente do trabalho, que implique redução da capacidade para o labor habitualmente exercido. O nível do dano e, em consequência, o grau do maior esforço, não interferem na concessão do benefício, o qual será devido ainda que mínima a lesão".

- Independente do grau da lesão sofrida pelo autor, desde que cumpridos os requisitos necessários à concessão do benefício, quais sejam o nexo causal entre o acidente e a lesão, bem como a redução da capacidade para exercer sua antiga função, deve ser concedido o auxílio-acidente ao segurado.

Apelação Cível nº 1.0000.22.013548-7/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Deivid dos Santos Diogo - Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social. – Relator: Des. Moacyr Lobato.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 21ª Câmara Cível Especializada do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 24 de março de 2022. - Moacyr Lobato. – Relator.

Voto

DES. MOACYR LOBATO - Trata-se de apelação cível, interposta por Deivid dos Santos Diogo, contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Juiz de Fora (ordem nº 69) que, nos autos da "Ação de Concessão de Auxílio Acidente", ajuizada em desfavor do Instituto Nacional de Seguridade Social-INSS, julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, suspensa a exigibilidade, por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Em suas razões (ordem nº 73), o apelante sustenta, em síntese, a necessidade da reforma da sentença, ao fundamento de que, em função do acidente de trabalho ocorrido e da consequente lesão sofrida, faz jus ao recebimento do auxílio-acidente.

Aponta que sofreu uma amputação parcial do polegar direito em uma máquina de policorte, e que, ao retornar ao trabalho, sentiu falta de mobilidade, sensibilidade e destreza em seu dedo.

Argumenta que, na data do dia 22.04.2019, formulou pedido de auxilio doença, que foi ferido até 04.09.2019.

Salienta que, ao retornar ao trabalho, dominado por sua falta de mobilidade, sensibilidade e destreza do dedo polegar direito, tentou junto ao réu, em 10.10.19 e em 18.11.2019, pericia médica para fins de reabilitação, pois a função que exercia antes do acidente não seria mais possível realizá-la.

Assevera que, apesar dos requerimentos realizados, o apelado nada procedeu, o que ficou a cargo da empresa realizar a troca de função, que aconteceu em 01.01.2020 para mecânico alinhador III, atividade que se desenvolve com computador, exigindo pouco o uso do dedo polegar direito.

Aduz que, mesmo com a comprovação do acidente, as quais o tornaram inapto a retornar para a sua antiga função, não teve reconhecido o direito ao auxílio-acidente.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso e a reforma da sentença para que seja reconhecido o direito ao recebimento do auxílio acidente.

Devidamente intimado, o INSS não apresentou contrarrazões, conforme certidão de ordem nº 75.

Recurso próprio e tempestivo, ausente o preparo, em razão da assistência judiciária gratuita concedida em 1ª instância.

É o relatório, em síntese.

Passo a decidir.

Cinge-se a celeuma recursal à hipótese de o apelante fazer jus ao recebimento do auxílio-acidente, em virtude de acidente de trabalho ocorrido no dia 16 de abril de 2019.

Conforme exposto no art. 86 da Lei nº 8.213/91, o auxílio acidente é devido ao segurado que, após lesões consolidadas em virtude de acidente de qualquer natureza, verifique uma redução de capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

> Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

Ainda, a doutrina sobre o tema:

> O auxílio-acidente é um benefício previdenciário pago mensalmente ao segurado acidentado como forma de indenização sem caráter substitutivo do salário, pois é recebido cumulativamente com o mesmo, quando após a consolidação das lesões decorrentes do acidente de qualquer natureza - e não somente de acidentes de trabalho-, resultem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.1168).

Perceba que o segurado não está incapaz, mas teve redução da capacidade laborativa, que dever ser aferida pela perícia médica do INSS. Este benefício é cabível na hipótese do segurado ficar incapaz para a sua atividade e ser reabilitado para outra, pois há evidente redução de capacidade laborativa (desde que originária de acidente). (IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 24 ed. Niterói: Impetus, 2019, p. 658).

Nesse sentido, observa-se que o referido benefício não é devido ao segurado que está plenamente incapaz para exercer qualquer atividade laborativa, mas àquele que apresenta lesões consolidadas que o impede de retornar à função anteriormente exercida.

Assim, o recebimento do auxílio-acidente possui caráter indenizatório, uma vez que a diminuição da capacidade laborativa constitui um risco social ao trabalhador.

No caso em comento, infere-se que o apelante sofreu acidente de trabalho ao dia 16 de abril de 2019, no qual teve seu dedo polegar direito parcialmente amputado em uma máquina de policorte.

Apesar de ter sido submetido à cirurgia de urgência para a reconstrução do polegar, ao retornar ao trabalho, não conseguiu exercer a função anteriormente exercida, uma vez que não mais possuía mobilidade, sensibilidade e destreza em seu dedo.

Após ser submetido à perícia médica (ordem nº 38), restou comprovada incapacidade permanente parcial para a sua função habitual. Contudo, foi concluído pelo perito que a sequela não se enquadra nos critérios estabelecidos para o recebimento do auxílio, nos termos do Anexo III, do Decreto nº 3048/99.

Assim, o MM. Juiz *a quo* entendeu por bem indeferir a concessão do benefício ao apelante, levando em consideração a conclusão apresentada em laudo pericial.

Observa-se que o laudo pericial constatou que o segurado cumpre todos os requisitos necessários para a concessão do auxílio, uma vez que restou comprovado o nexo causal entre o acidente e a lesão, classificada como parcial e permanente, bem como a redução da capacidade para exercer sua antiga função, de moleiro, e a necessidade de sua reabilitação para outra atividade, promovida pela própria empresa na qual trabalha.

Dessa forma, o fundamento que ensejou o indeferimento do pleito inicial resume-se ao grau da lesão sofrida pelo segurado, motivo pelo qual entendo que merece reparo a sentença.

Isso porque o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recursos Repetitivos, fixou o Tema 416, o qual dispõe que o grau da lesão é irrelevante para o recebimento do auxílio acidente:

> Exige-se, para concessão do auxílio-acidente, a existência de lesão, decorrente de acidente do trabalho, que implique redução da capacidade para o labor habitualmente exercido. O nível do dano e, em consequência, o grau do maior esforço, não interferem na concessão do benefício, o qual será devido ainda que mínima a lesão.

Portanto, ainda que o grau da lesão não se enquadre como grave e consequentemente cumpridos os requisitos necessários à concessão do benefício, quais sejam o nexo causal entre o acidente e a lesão, bem como a redução da capacidade para exercer sua antiga função, deve ser concedido o auxílio-acidente ao segurado.

Em casos semelhantes, esse é o entendimento deste E. Tribunal:

> Apelação cível. Previdenciário. Auxílio acidente. Cegueira monocular. Laudo pericial. Redução da capacidade laborativa. Grau mínimo. Benefício. Concessão. Termo inicial. Data da cessação do auxílio doença. Correção monetária e juros de mora. Honorários advocatícios. - O laudo pericial tem o objetivo de apresentar esclarecimentos técnicos, a fim dar subsídios ao julgador para o deslinde da demanda. O auxílio-acidente será concedido como indenização ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de trabalho, resultar sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho, ainda que em grau mínimo, e corresponderá a cinquenta por cento do salário de benefício - art. 86, *caput* e §1°, da Lei 8.213/91. O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença - art. 86, § 2°, da Lei 8.213/91. Sobre as parcelas vencidas incidirá correção monetária a partir de cada vencimento, pelo INPC. Para as parcelas vencidas antes da vigência da Lei nº 11.960/09, aplica-se juros de 1% ao mês, e após a referida legislação, os juros moratórios devem ser aplicados de acordo os índices da caderneta de poupança, conforme dispõe seu o art. 1°-F. Para as parcelas vencidas antes da citação, os juros de mora incidem a partir da citação. Quanto às parcelas posteriores à citação, os juros devem incidir a partir do vencimento de cada parcela. Nas causas em que a Fazenda Pública for parte e a sentença for ilíquida, a fixação de honorários advocatícios somente ocorrerá quando liquidado o julgado (TJMG 1.0000.21.131528-8/001, Relator: Des. Octávio de Almeida Neves, 15ª Câmara Cível, *DJe* de 09/12/2021).

> Apelação cível. Acidente de trabalho. Prova pericial. Conclusão divergente dos relatórios médicos juntados pela parte autora. Magistrado não se vincula ao laudo pericial. Redução da capacidade laborativa. Verificação. Grau mínimo. Irrelevância. Auxílio-acidente. Concessão. Possibilidade. Termo inicial para a concessão do benefício. Dia seguinte ao último pagamento do auxílio-doença. Juros de mora. Índice da caderneta de poupança. Correção monetária. INPC. Honorários de advogado. Ausência de condenação líquida. Percentual a ser fixado quando liquidado o julgado. Não incidência sobre prestações vincendas (Súmula 111, STJ). - A prova técnica não vincula o julgador e pode ser dispensada ou apreciada, de acordo com o disposto no art. 471 do CPC, considerando os demais elementos presentes nos autos, especialmente se as outras provas indicarem, com segurança, que a condição física da parte autora não está em conformidade com a avaliação feita pelo perito. - Para a configuração do auxílio-acidente, devem estar consolidadas as lesões decorrentes do acidente do trabalho, que resultem sequela que implique a redução da capacidade laborativa e, ainda, conforme o caso, exigir maior esforço para o exercício da atividade desempenhada à ocasião do acidente, mesmo em grau mínimo. - O benefício do auxílio-acidente é devido a partir do dia seguinte ao do último pagamento do auxílio-doença. - A correção monetária, em observância ao precedente do Superior Tribunal de Justiça consistente no REsp 1.495.146/MG, julgado sob o regime de recursos repetitivos, deve ser calculada com base no INPC, a teor do artigo 41-A da Lei nº 8.213/91, alterado pela Lei nº 11.430/2006.

- Os juros moratórios são devidos a contar da citação (Súmula nº 204 do STJ), conforme a taxa utilizada para a remuneração oficial da caderneta de poupança, conforme o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009. - Se não há condenação líquida, os honorários de advogado devem ser fixados segundo a regra do art. 85, § 4º, II, do NCPC, de modo que o percentual deve ser estabelecido quando liquidado o julgado (TJMG 1.0000.20.026339-0/001, Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, 17ª Câmara Cível, *DJe* de 02.12.2021).

Mediante tais considerações, dou provimento ao recurso, para reformar a sentença, concedendo o auxílio acidente ao apelante, a partir do dia seguinte da cessação do auxílio doença, nos termos do art. 86, § 2º, da Lei nº 8.213/99.

Diante do novo resultado, inverto os ônus sucumbenciais, para condenar a parte ré/apelada ao pagamento das custas, inclusive as recursais e de honorários advocatícios no importe de 12% (doze por cento) do valor da condenação, em cumprimento ao art. 85, § 11 do CPC.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Adriano de Mesquita Carneiro e José Eustáquio Lucas Pereira.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Recurso de apelação - Retificação de registro civil - Ausência de fundamentação e motivação - Não observada - Preliminar rejeitada - Acréscimo do sobrenome materno e avoengo - Justo motivo - Admissibilidade

- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 339 da Repercussão Geral, fixou entendimento de que "o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas".

- A regra do direito brasileiro é a imutabilidade do nome civil. Os registros públicos visam conceder autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos (v. art. 1º da Lei nº 6.015/73). A vedação à alteração do prenome e do sobrenome, portanto, se justifica nessas premissas, com o objetivo de evitar a fraude e o prejuízo para terceiros.

- A preservação da ascendência da família materna e a identificação da estirpe familiar do indivíduo perante o meio social são motivos justos para a retificação do registro civil.

- Por constituir direito de personalidade o sobrenome que identifique a linhagem familiar, a falta do sobrenome materno, por si só, é motivo idôneo para o acréscimo. É certo, ainda, que não há, no caso, prejuízo aos demais sobrenomes de família, visto que o apelante não pretende suprimir o patronímico paterno, e não existe indícios de intuito fraudulento e de prejuízo a terceiros.

- Recurso parcialmente provido.

Apelação Cível nº 1.0000.22.021726-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Luiz Antonio Soares Junior. – Relator: Des. Alexandre Victor de Carvalho.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 21ª Câmara Cível Especializada do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em rejeitar a preliminar e dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 08 de junho de 2022. - *Alexandre Victor de Carvalho*. – Relator.

Voto

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Luiz Antonio Soares Júnior, em face da sentença proferida pelo Juízo da Vara de Registros Públicos de Belo Horizonte (ordem nº 69), que julgou improcedente o pedido de retificação de registro civil para incluir ao nome do autor o sobrenome materno e avoengo.

Em suas razões recursais, a parte apelante sustenta que a sentença é omissa quanto aos argumentos aduzidos pela parte. Afirma que o juízo *a quo* não apreciou o aditamento à inicial e deixou de seguir o precedente invocado pela parte sem realizar a distinção entre os casos ou justificar a superação do entendimento. Alega que a sentença foi contraditória ao dizer que seria possível a inclusão do sobrenome materno do apelante caso houvesse motivos relevantes, mas deixar de analisar os justos motivos. Aponta erro material quanto ao nome do autor da ação. Aduz que não existe motivo mais relevante para requerer o sobrenome materno do que o próprio vínculo afetivo existente entre mãe e filho.

No mérito, argumenta que o acréscimo dos sobrenomes materno e avoengo motiva-se na identificação familiar e no sentimento de perda histórica decorrente da omissão dos sobrenomes. Salienta que, com a retificação do registro civil, deseja afastar a possibilidade de confusão de seu nome, enquanto advogado, dos homônimos já existentes. Frisa que a imutabilidade do nome é relativa.

Sintetiza os motivos que ensejam o pedido de retificação do nome da seguinte forma: (i) ausência de óbice ao acréscimo do nome da família do avô materno, por não acarretar prejuízo a terceiros; (ii) a inclusão do sobrenome materno e avoengo possibilita o resgate da sua ancestralidade e individualiza o apelante em relação aos homônimos; (iii) o princípio da imutabilidade do nome pode ser relativizado quando inexiste intenção fraudulenta, tendo o autor acostado aos autos todos os documentos solicitados pelo juízo de piso; (iv) segurança jurídica.

Requer, assim, que seja declarada a nulidade do provimento jurisdicional, nos termos do art. 1.013, § 3º, II e III, ou IV, do CPC. No mérito, pugna para que seja dado provimento ao recurso de apelação, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido de inclusão dos sobrenomes materno e avoengo ao nome do autor (ordem nº 74).

Preparo à ordem nº 75/76.

Instada a se manifestar (ordem nº 77), a Procuradoria-Geral de Justiça apontou não ser o caso de intervenção ministerial (ordem nº 78).

É o relatório. Decido.

Admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminar.

Suscita a parte apelante preliminar de ausência de fundamentação e motivação, por entender que a sentença foi omissa e não rebateu, devidamente, os argumentos aduzidos na petição inicial e no aditamento.

Não assiste razão.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 339 da Repercussão Geral, fixou entendimento de que "o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas".

No caso em análise, o MM. Juiz *a quo* entendeu que as motivações apresentadas pelo autor, ora apelante, não demonstravam a excepcionalidade necessária para a retificação do registro civil, valendo-se de dados do processo, da legislação vigente e da jurisprudência deste eg. TJMG. Verifica-se, ainda, que todos os pedidos elaborados pela parte foram analisados.

Não há de se falar, portanto, em omissão ou ausência de fundamentação. Assim, rejeito a preliminar suscitada.

Mérito.

Cinge-se a controvérsia em determinar a possibilidade de retificar o registro civil do apelante, para acrescentar o sobrenome materno e avoengo, para que seu nome civil passe a ser Luiz Antonio Soares Fumian Bouzada. Sabe-se que a regra do direito brasileiro é a imutabilidade do nome civil. Os registros públicos visam conceder autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos (v. art. 1º da Lei nº 6.015/73). A vedação à alteração do prenome e do sobrenome, portanto, justifica-se nessas premissas, com o objetivo de evitar a fraude e o prejuízo para terceiros.

Todavia, a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) admite duas exceções à regra: (i) a alteração administrativa do prenome, pelo interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, desde que não haja prejuízo aos apelidos de família (v. art. 56); (ii) a alteração, excepcional e motivada, do nome, mediante apreciação judicial (art. 57). *In verbis*:

> Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.
>
> Art. 57. A alteração posterior de um nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

A tutela jurídica do nome relaciona-se à individualidade do sujeito, à forma como ele se identifica enquanto sujeito de direito, frente aos familiares e à sociedade.

Com efeito, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que a imutabilidade do nome civil pode ser relativizada em situações excepcionais, quando, no caso concreto, sobressair o interesse individual ou o benefício social.

In casu, o apelante apresenta duas justificativas para a retificação do registro civil: (i) a inclusão do sobrenome materno e avoengo, para preservar a ascendência da família da genitora; (ii) evitar

a situação de homonímia, porquanto existem diversos indivíduos, na mesma área de atuação, que possuem o mesmo nome que o recorrente.

Pois bem.

Conforme se depreende da certidão de nascimento do apelante (ordem nº 18) e de casamento dos genitores (ordem nº 17), não foi incluído ao nome do recorrente o sobrenome materno "Fumian", que, no assento civil, herdou somente o patronímico paterno.

A preservação da ascendência da família materna e a identificação da estirpe familiar do indivíduo perante o meio social são motivos justos para a retificação do registro civil.

Isso porque, por constituir direito de personalidade o sobrenome que identifique a linhagem familiar, a falta do sobrenome materno, por si só, é motivo idôneo para o acréscimo. É certo, ainda, que não há, no caso, prejuízo aos demais sobrenomes de família, visto que o apelante não pretende suprimir o patronímico paterno.

Importa registrar, ainda, que o recorrente acostou aos autos certidões negativas de antecedentes criminais, débitos fiscais, dos Cartórios de Protestos e da Justiça eleitoral, trabalhista, federal e estadual (ordens 9 à 19), de forma que não há nada que indique possíveis prejuízos a terceiro ou indícios de intuito fraudulento.

Igual tratamento deve ser dado ao sobrenome da avó paterna, "Bouzada", porquanto comprovada a justa causa da alteração, para resgate histórico do prenome familiar.

Sobre o tema, leciona o Exmo. Des. Marcelo Rodrigues:

> Outra face da matéria é a admissibilidade da inclusão de sobrenome de ascendente, ainda que referido apelido de família não tenha sido incorporado por uma ou mais gerações, desde que sem prejuízo aos demais apelidos de família (RT, 384/178, 400/165, 406/131, 424/75, 538/64, 540/102, 556/105, 557/56, 560/99, 562/73 etc.)
>
> O nome é atributo da personalidade, como tal, imprescritível e irrenunciável.
>
> Nada mais adequado, pois o nome, conforme já assinalado, pertence a todo o grupo familiar, como entidade, portanto não é exclusividade do indivíduo. O direito ao uso do nome familiar é adquirido ipso iure, desde o nascimento com vida (RODRIGUES, Marcelo. Tratado de registros públicos e direito notarial. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 128)

É o entendimento deste Eg. TJMG:

> Apelação cível. Retificação de registro civil. Acréscimo do sobrenome materno. Justo motivo. Possibilidade. - A regra é a imutabilidade do registro público, admitindo-se sua alteração de forma excepcional e diante de prova inequívoca de existência de erro. - A necessidade de se identificar a pessoa como membro de sua família, respeitando-se a estirpe, alça-se como justa causa a autorizar excepcionalmente o acréscimo do sobrenome

materno (TJMG - Apelação Cível 1.0000.20.562545-2/001, Relator: Des. Carlos Henrique Perpétuo Braga, 19ª Câmara Cível, j. em 22.01.2021, p. em 27.01.2021).

Apelação. Ação de retificação de registro civil de pessoa natural. Acréscimo de patronímico materno. Dignidade da pessoa humana e direito da personalidade. Prejuízo a terceiros. Possibilidade não demonstrada. Apelação a que se dá provimento. - A retificação do sobrenome do titular do assento civil é imperativo do direito da personalidade e da dignidade humana e encontra justificativa plausível quando demonstrado o interesse na identificação da estirpe familiar do indivíduo perante o meio social (Apelação Cível nº 1.0145.11.257852-4/001 - Relator: Des. Marcelo Rodrigues, Segunda Câmara Cível, j. em 09.08.2016, p. em 24.08.2016).

Dispositivo.

Ante o exposto, dou provimento à apelação, para determinar a alteração do nome do apelante no registro civil, para que seja acrescentado o patronímico materno, "Fumian", e avoengo, "Bouzada", passando seu nome civil a ser Luiz Antonio Soares Fumian Bouzada, tornando-se desnecessário o sufixo "Júnior", por não mais existir necessidade de diferenciar pai e filho.

Determino a publicação do edital na imprensa, nos termos do art. 57 da Lei nº 6.015/1973 e a expedição dos respectivos mandados de averbação.

Custas *ex lege*.

DES. MARCELO RODRIGUES (VOGAL) –

Apelação cível - Ação de retificação de registro - Sentença de improcedência - Pretensão de acrescer sobrenome avoengo - Preservação da estirpe familiar – Possibilidade - Distinção entre prenome e sobrenome - Princípio da imutabilidade não aplicável ao caso - Direito da personalidade - Apelação à qual se dá provimento. - A ação de retificação de registro é procedimento de jurisdição voluntária, no qual o juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna. - Nome de família, patronímico familiar ou simplesmente sobrenome, esta última expressão adotada no Código Civil de 2002, tem a função de revelar e identificar a estirpe familiar do indivíduo perante o meio social. - O princípio da imutabilidade do nome não obsta a pretensão de se acrescer sobrenome ou patronímico de ascendentes para preservar a estirpe familiar, ainda que referido apelido de família não tenha sido incorporado por uma ou mais gerações, desde que não prejudicando aqueles já incorporados ao nome do indivíduo.

Voto (Convergência).

DES. MARCELO RODRIGUES (VOGAL) - Em detida análise do feito, acompanho integralmente o voto do Relator, pelos motivos que passo a expor.

Cuida-se de apelação cível interposta por Luiz Antonio Soares Júnior em face da sentença, pela qual foi julgado improcedente o pedido inicial.

Em suas razões o apelante alega que pretende a retificação de nome para acrescer o sobrenome materno e também o da avó materna, para preservar a estirpe familiar e evitar homonímia.

Discorre que o princípio da imutabilidade do nome não é absoluto, sendo que não tem intenção fraudulenta ou de dificultar sua identificação.

Aponta repertório jurisprudencial que corrobora seu direito a acrescer o sobrenome familiar, e pugna pela reforma da sentença.

Trata-se de ação de retificação de registro civil (*rectius*: alteração) na qual a pretensão do apelante é a inclusão dos patronímicos (sobrenomes) "Fumian" da mãe e "Bouzada" da avó materna, para que seu nome civil passe a ser Luiz Antonio Soares Fumian Bouzada.

A sentença julgou improcedente o pedido sob o fundamento de que na Lei dos Registros Públicos o nome é imutável (sic), à luz de seu art. 57 (Lei nº 6.015, de 1973).

Pois bem.

Em que pese os fundamentos da sentença, não estão de acordo com o direito aplicável ao caso em análise.

Lamentavelmente, ainda é comum a confusão no meio jurídico entre os conceitos de nome, prenome e patronímico (este último também definido como sobrenome ou apelidos de família) na Lei dos Registros Públicos.

Também não é raro ver decisões atuais repetindo a antiga redação da Lei dos Registros Públicos a respeito da imutabilidade do prenome.

O princípio da imutabilidade, inserido na Lei nº 6.015, de 1973, refere-se à impossibilidade de o indivíduo alterar o sobrenome de família ou prejudicar aqueles que já possuem.

Sobre o tema, discorro em obra de minha autoria:

> O denominado princípio da imutabilidade do nome é adstrito apenas ao sobrenome e não ao prenome, e muitos tribunais, inclusive os chamados superiores, vêm confundindo com frequência esses conceitos. O nome civil é composto pelo prenome e sobrenome. O primeiro tido por definitivo, mas a regra comporta exceção, especialmente, nas hipóteses de inadequação social, sexo psicológico, ridicularia etc. (art. 58 e § único LRP, com redação da Lei 9.708, de 1998). Com o segundo é diferente. O sistema da lei, com amparo na melhor doutrina e ampla jurisprudência, fomentadas a partir da evolução do direito vigente na Europa Continental ao longo dos séculos, e ao que consta observado na situação concreta pelo TJSP, é específico e distinto. O sobrenome não pertence ao indivíduo, mas sim a todo o grupo familiar, como entidade, dado que sua função principal é distinguir esse grupo no meio social e perante o estado. Daí que não poderia dele dispor o indivíduo (RODRIGUES, Marcelo. Tratado de registros públicos e direito notarial. 3ª. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 126-127).

Certo é que a atual concepção de definitividade do prenome, contemplada no art. 58, da Lei de Registros Públicos (com redação pela Lei nº 9.708, de 1998), não alcança a pretensão de inclusão de sobrenome da estirpe familiar.

Tanto que no próprio art. 57, há hipótese de acréscimo de patronímico no § 2º, por exemplo.

No caso, a intenção é preservar a estirpe familiar acrescendo mais sobrenomes da família materna. A pretensão é legítima, pois, como esclareci: "Nome de família, patronímico familiar ou simplesmente sobrenome, esta última expressão adotada no Código Civil de 2002, tem a função de revelar e identificar a estirpe familiar do indivíduo perante o meio social" (RODRIGUES, Marcelo. Tratado de registros públicos e direito notarial. 3ª. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 114).

Anotei que essa pretensão é comum (obra citada, p. 128), a saber: " Outra face da matéria é a admissibilidade da inclusão de sobrenome de ascendente, ainda que referido apelido de família não tenha sido incorporado por uma ou mais gerações, desde que sem prejuízo aos demais apelidos de família" (RODRIGUES, Marcelo. Tratado de registros públicos e direito notarial. 3ª. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, 384/178, 400/165, 406/131, 424/75, 538/64, 540/102, 556/105, 557/56, 560/99, 562/73 etc.).

O nome é atributo da personalidade, como tal, imprescritível e irrenunciável.

Nada mais adequado, pois o nome, conforme já assinalado, pertence a todo o grupo familiar, como entidade, portanto, não é exclusividade do indivíduo. O direito ao uso do nome familiar é adquirido *ipso iure*, desde o nascimento com vida.

Enfim, a dignidade da pessoa humana e o complexo de direitos que compõem o rol da personalidade asseguram a viabilidade da pretensão do autor, nos exatos termos e limites em que formulada.

Diante de todo o exposto, acompanho o relator e dou provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar integralmente procedente o pedido para alterar o nome do autor para "Luiz Antonio Soares Fumian Bouzada".

Determino que, com o trânsito, faça-se a publicação do edital na imprensa pelo prazo legal (art. 57, da Lei nº 6.015, de 1973) e expeçam-se os respectivos mandados de averbação, a serem encaminhados por ofício ao RCPN com atribuição pertinente.

Custas, observada a natureza do procedimento e a assistência judiciária.

DES. MOACYR LOBATO - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Crimes ambientais - Absolvição por ausência de materialidade - Ausência de laudo pericial - Documento apócrifo sem a qualificação do subscritor

- Por deixar vestígios, é necessária a realização de laudo pericial para a comprovação da espécie vegetal armazenada, sem o que não é possível verificar que se trata de espécime silvestre nativa que precisa de autorização para o armazenamento. A ausência de laudo pericial idôneo impede a condenação do acusado no crime de impedir a regeneração natural de florestas. A ausência de identificação do profissional que realizou o exame pericial torna inválida a perícia, pois é impossível identificar se o profissional possui capacidade técnica para fazer as afirmações que nele constam. A prova testemunhal só poderá suprir a ausência do exame de corpo de delito quando os vestígios tiverem desaparecido (art. 167 do CPP), o que não restou demonstrado nos autos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0568.18.001651-7/001 - Comarca de Sabinópolis - Apelante: W.R.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. FLÁVIO BATISTA LEITE

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 7 de junho de 2022. - *Flávio Batista Leite* - Relator.

Voto

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE - Trata-se de apelação, interposta por W.R.M., que foi denunciado como incurso nas iras dos arts. 46, parágrafo único, e 48 da Lei nº 9.605/98 (armazenamento de

produto de origem vegetal sem licença válida e impedir a regeneração natural de florestas e demais formações vegetais).

Conforme relatado na denúncia:

No dia 11 de dezembro de 2017, na Fazenda XXXXXXXXXX XXXXXXX, zona rural do Município de Sabinópolis/MG, W.R.M. dificultou, ao desmatar mediante destoca, a regeneração natural de 2.3 hectares de formação florestal nativa, em estágio inicial e médio de regeneração, bem como tinha em depósito, 150m² (cento e cinquenta metros quadrados) estéreos de lenha nativa, sem licença válida para todo o tempo do armazenamento, outorgada pela autoridade competente.

Pelo exposto, a conduta de W.R.M. está incursa nos crimes previstos no art. 46 parágrafo único e art. 48, ambos da Lei nº 9605/98, na forma do art. 69 do Código Penal, devendo, pois, ser citado para responder aos termos desta ação penal, de forma que, ao fim, caso comprovado o fato narrado na denúncia, seja condenado. (sic - f. 01D).

A denúncia foi recebida em 06.03.2020 (f. 46).

Finda a instrução, a juíza julgou procedente a denúncia e condenou o acusado à pena de 1 (um) ano, 7 (sete) meses e 4 (quatro) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 30 dias-multa, no valor unitário mínimo (f. 66/73).

Ao réu foi concedido o direito de recorrer em liberdade.

Na decisão de f. 77/78, a magistrada acolheu os embargos de declaração para constar que a natureza da reprimenda do acusado é de detenção.

Intimações da sentença regulares.

A defesa apelou e, nas razões de f. 88/90, requereu a absolvição do acusado por insuficiência probatória ou pela atipicidade da conduta. Alternativamente, pugnou pela redução da pena-base, pelo reconhecimento da confissão e pela aplicação do concurso formal.

Nas contrarrazões de f. 92/95, o *Parquet* pugnou pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento do apelo (f. 100/102).

Esse é, em síntese, o relatório.

Passo ao voto.

Presentes seus pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

Ausente tese preliminar, arguida ou que deva ser apreciada de ofício, analiso o mérito da apelação.

Busca a defesa a absolvição do acusado sob o argumento de insuficiência do laudo pericial para comprovar a materialidade dos delitos.

Com razão.

Sigo o entendimento de que a ausência de prova pericial implica na absolvição do acusado, diante da não comprovação da materialidade do delito, isso porque o Código de Processo Penal, no capítulo II, que versa sobre o exame de corpo de delito e as perícias em geral, dispõe:

Art.158. Quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Não obstante reconhecer que vige no processo penal brasileiro o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, em que não há hierarquia das provas, saliento que, quando a lei exigir determinada forma, tal como ocorre no art. 158 do CPP, ela deve ser observada.

Portanto, é indispensável o exame de corpo de delito quando, do ato criminoso, resultarem elementos sensíveis da infração penal cometida (os chamados vestígios).

Não se pode negar que, embora considerado indispensável, o próprio art. 158 do CPP mitiga a exigência da realização do exame de corpo de delito, admitindo-o na forma indireta. Mas, nos termos do art. 167 do CPP, a prova testemunhal só poderá suprir o exame de corpo de delito quando os vestígios desaparecerem:

Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

Por constituir exceção à garantia do acusado quanto à constatação dos vestígios por exame pericial, esse art. deve ser interpretado restritivamente, impondo que se aplique, exclusivamente, à hipótese de desaparecimento natural, por ação do próprio acusado ou da vítima, e não por inércia dos órgãos de persecução penal.

Portanto, a imprescindibilidade do exame de corpo de delito, quando a infração penal deixar vestígios, é decorrência de texto expresso de lei (art. 158 do CPP). A inobservância dessa exigência - considerada indispensável pela própria lei processual pátria - constitui circunstância suficiente para se reconhecer a ausência de materialidade, salvo, claro, quando for possível aplicar o art. 167 do CPP.

A realização do exame de corpo de delito não fica, portanto, ao mero talante da autoridade, uma vez que, consoante a lei, quando o delito deixar vestígios, a materialidade só poderá ser constatada pela prova testemunhal quando tiverem desaparecido esses vestígios.

Esse é o entendimento sedimentado no STF:

> A jurisprudência desta Corte firmou-se e no sentido de que, "nos delitos materiais, de conduta e resultado, desde que desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal pode suprir o auto de corpo de delito" (RHC nº 63516, Rel. Min. Néri da Silveira, 1ª Turma, DJ de 28.02.1986) (HC nº 119703, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, j. em 05.11.2013, *DJe*-229, divulg. 20.11.2013 p. em 21.11.2013).
>
> O art. 167 do Código de Processo Penal dispõe que, desaparecendo os vestígios do crime, a falta do exame de corpo de delito poderá ser suprida pela prova testemunhal, como

> ocorreu no caso dos autos. Improcedente, dessa forma, a alegação de falta de justa causa para a ação penal por ausência de prova da materialidade do crime (RHC nº 113508, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. em 02.04.2013, *DJe*-070, divulg. 16.04.2013, p. em 17.04.2013).
>
> Latrocínio - exame de corpo de delito. Possível e a imposição de pena embora não efetuado, de forma direta, o exame de corpo de delito. O preceito do art. 158 do Código de Processo Penal há de ser interpretado de forma sistemática, ou seja, levando-se em conta que, "não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta" (art. 167 do referido Diploma) (HC nº 72283, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, j. em 09.05.1995, DJ de 09.06.1995, PP-17233 Ement. v.01790-03 PP-00592).

E também do STJ:

> Nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal, o exame de corpo de delito é indispensável para comprovar a materialidade das infrações que deixam vestígios, sendo que sua realização de forma indireta somente é possível quando estes tiverem desaparecido por completo ou o lugar se tenha tornado impróprio para a constatação dos peritos. - Quando possível realizar a perícia, a prova testemunhal ou a confissão do acusado - essa por expressa determinação legal - não se prestam a suprir o exame de corpo de delito. Precedentes [...] (HC nº 274.431/SE, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª Turma, j. em 18.06.2014, *DJe* de 01.07.2014).

A jurisprudência desta Corte Superior é farta no sentido de que se mostra

> Necessária a realização do exame técnico-científico para qualificação do crime ou mesmo para sua tipificação, pois o exame de corpo de delito direto é imprescindível nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas ser suprido pela prova testemunhal quando não puderem ser mais colhidos (REsp nº 1473543/SC, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, j. em 04.09.2014, *DJe* de 15.09.2014).

Com efeito, se houver possibilidade de se realizar o exame de corpo de delito direto, a omissão da autoridade em determiná-lo ou fazê-lo não pode ser suprida por prova testemunhal, sob pena de afronta à determinação expressa da lei nos arts. 158 e 167 do CPP.

No presente caso, o réu foi acusado de manter em depósito produto vegetal que exige licença para ser manuseado e de dificultar a regeneração de formação florestal nativa em estágio inicial de regeneração. Foi junta*do "levantamento pericial em local onde ocorreu crime contra a flora"* à f. 11, mas o documento não é apto a comprovar a materialidade do delito.

Explico.

O documento de f. 11 não está assinado, nele não consta se o responsável pela perícia é perito oficial nem qual a sua formação técnica.

Conforme entendo, a subscrição do exame pericial por somente um profissional não pode, por si só, comprometer a validade da perícia, especialmente quando esse profissional possuir capacidade técnica para fazer as afirmações que nele constam. Contudo, esse não é o caso dos autos.

Com efeito, o documento está apócrifo e não é possível constatar a capacidade técnica da pessoa responsável pela perícia. Ressalto que na cota ministerial o *Parquet* requereu a confecção de novo laudo pericial (f. 32), a demonstrar a inidoneidade do documento constante nos autos. Todavia, a diligência não foi cumprida.

Assim, ausente o exame de corpo delito, não é possível afirmar que a vegetação objeto do feito é formação florestal em processo de regeneração. De igual forma, não é viável analisar se as lenhas apreendidas são provenientes de espécie vegetal que a legislação determina a necessidade de licença outorgada pela autoridade competente.

E uma vez que não restou demonstrado que os vestígios desapareceram, penso que a falta do exame de corpo de delito impede a comprovação da materialidade do delito.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para absolver W.R.M. da imputação dos art. 46, parágrafo único, e 48 da Lei nº 9.605/98, com fundamento no art. 386, II, do CPP.

Sem custas.

DES. WANDERLEY PAIVA (REVISOR) - De acordo com o Relator.

DES. EDISON FEITAL LEITE - Na espécie, apenas consigno, pra fins de ressalvar meu posicionamento, que a ausência de laudo pericial não tem o condão de, por si só, afastar o reconhecimento do crime, quando puder ser suprida por outros meios de prova, tal como a testemunhal, nos moldes do art. 167 do Código de Processo Penal.

A propósito do tema, inclusive, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, que:

> O art. 158 do CPP exige exame de corpo de delito direto ou indireto quando a infração deixar vestígio; mas o art. 167 lhe contempera o rigor, dizendo que, quando não for possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir a falta. Precedentes do STF (RTJ nº 81/110 *in* MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 493).

Todavia, tal como destacou o e. Des. Relator em seu voto, *in litteris*:

> No presente caso, o réu foi acusado de manter em depósito produto vegetal que exige licença para ser manuseado e de dificultar a regeneração de formação florestal nativa em estágio inicial de regeneração. Foi juntado "levantamento pericial em local onde ocorreu

> crime contra a flora" à f. 11, mas o documento não é apto a comprovar a materialidade do delito.
>
> Explico.
>
> O documento de f. 11 não está assinado, nele não consta se o responsável pela perícia é perito oficial nem qual a sua formação técnica.
>
> Conforme entendo, a subscrição do exame pericial por somente um profissional não pode, por si só, comprometer a validade da perícia, especialmente quando esse profissional possuir capacidade técnica para fazer as afirmações que nele constam. Contudo, esse não é o caso dos autos.
>
> Com efeito, o documento está apócrifo e não é possível constatar a capacidade técnica da pessoa responsável pela perícia. Ressalto que na cota ministerial o *Parquet* requereu a confecção de novo laudo pericial (f. 32), a demonstrar a inidoneidade do documento constante nos autos. Todavia, a diligência não foi cumprida.
>
> [...] De igual forma, não é viável analisar se as lenhas apreendidas são provenientes de espécie vegetal que a legislação determina a necessidade de licença outorgada pela autoridade competente".

Postas tais considerações, no caso concreto, acompanho o e. Relator para dar provimento ao recurso e absolver o réu.

É como voto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Estelionato - Recurso defensivo - Absolvição - Inviabilidade - Autoria e tipicidade devidamente demonstradas - Redimensionamento da pena-base - Possibilidade - Recurso ministerial - Condenação - Falsificação de papéis públicos - Não cabimento -alteração da pena substitutiva - Necessidade

- Impossível o acolhimento da pretensão absolutória quando a materialidade e a autoria delitivas se encontram fartamente comprovadas nos autos, não havendo nenhuma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Comprovado nos autos que o réu possuía o dolo de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento, incabível o acolhimento do pleito absolutório. A fundamentação inidônea em relação às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal viabiliza a redução da pena basilar. O estelionato, quando cometido mediante a falsificação de papéis públicos é mero exaurimento do proceder criminoso que lhe é anterior. Tratando-se de pena privativa de liberdade igual a 01 (um) ano, nos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal, a substituição deve ser feita por 01 (uma) sanção restritiva de direitos.

- Vv. Apelação criminal. Aplicação do princípio da consunção entre o estelionato e a falsificação de papeis públicos. Inviabilidade. Subsistência do potencial lesivo no documento falso. Condenação no delito de falsificação de papeis públicos. Necessidade. Condenação no pagamento das custas recursais. Impossibilidade. Recurso parcialmente provido. - O princípio da consunção deve ser aplicado quando um crime constituir fase normal de preparação ou execução de um crime-fim. Em respeito à Súmula nº 17 do STJ, se o potencial lesivo do documento falso não se exauriu por completo no crime de estelionato, é impossível a aplicação do princípio da consunção. Comprovado que o réu praticou o delito de falsificação de bilhete de transporte público; é imperiosa a sua condenação. Quando o recurso da defesa é parcialmente provido, deve ser deferida a isenção do pagamento das custas recursais ao réu.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0223.20.007400-1/001 - Comarca de Divinópolis - 1º Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 2º Apelante: L.V.R. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, L.V.R. - Corréu: L.P.B. - Relatora: DES.ª LUZIA PEIXÔTO.

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 DA ACUSAÇÃO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO, VENCIDO PARCIALMENTE O VOGAL.

Belo horizonte, 21 de junho de 2022. - *Luzia Peixôto* - Relatora.

Voto

DES.ª LUZIA PEIXÔTO - Na Comarca de Divinópolis, L.V.R. foi denunciado por infração aos arts. 171, *caput*, c/c 29 e 293, VI, todos do Código Penal.

Segundo a denúncia, no dia 01 de dezembro de 2020, na r. Goiás, altura do nº 516, em Divinópolis/MG, o apelante e o coautor L.P.B., em unidade de desígnios e concurso de vontades, obtiveram para si vantagem ilícita, em desfavor das vítimas DIVIPASS e TRANCID - Transporte Coletivo da Cidade de Divinópolis, induzindo seus usuários em erro, mediante fraude. Nas mesmas circunstâncias, o réu alterou passe de empresa de transporte administrada pelo Município.

Conforme restou apurado, Policiais Militares, durante operação natalina, receberam informações de que o corréu L., sendo descritos suas características e trajes, de posse de um cartão fraudado da empresa DIVIPASS, oferecia passagens com valor abaixo do tabelado a usuários do transporte coletivo que estariam em pontos de ônibus.

Consta, ainda, que o apelante estava sendo monitorado por funcionários da empresa de ônibus TRANCID.

Diante das informações, os militares se deslocaram até o local, realizando a abordagem de L., que possuía as características que haviam sido repassadas, o qual estava na posse de um cartão DIVIPASS e certa quantia de dinheiro.

Consta dos autos que foi feito contato com o responsável pelo setor de emissão e controle de cartões da empresa, ocasião em que foi confirmado que o cartão se tratava de cartão adulterado.

Foi identificado que naquele cartão havia uma recarga no valor de R$ 20,00 (vinte reais), todavia, mesmo após ser utilizado, o valor da passagem não era debitado naquele crédito, permanecendo o mesmo.

É excerto da denúncia que o acusado L. confirmou a prática da fraude, além de indicar o apelante como sendo responsável pela propriedade e adulteração do cartão, levando os Policiais até sua residência. No imóvel, após buscas, foram apreendidos: dinheiro, cuja origem não foi informada; um notebook; outro cartão da DIVIPASS e um cartão da BHBUS.

Consta da denúncia que o réu L. teria vindo de Belo Horizonte com a finalidade de aplicar o golpe na região, possuindo os dados necessários para a realização da clonagem de cartões para concluir a fraude. A conclusão da fraude se daria em uma Lan House para dificultar a atuação investigativa e para ativação do cartão era necessária a recarga do valor de R$20,00 (vinte reais). Relata, também, que o corréu L. receberia 40% (quarenta por cento) do lucro por cooptar clientes. Por fim, consta que o réu já foi preso na capital pelo mesmo crime, oportunidade em que fraudou mais de 1 milhão de reais.

Concluída a instrução do feito, o MM. Juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Divinópolis/MG julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar o ora recorrente L.V.R. nas sanções do art. 171, *caput*, do Código Penal, à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, à razão mínima, sendo fixado o regime inicial aberto para o início do cumprimento de pena. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária, no valor de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos e prestação de serviço à comunidade. Por fim, absolveu o acusado do delito previsto no art. 293, inciso VI, do Código Penal (f. 213/216-v.).

Deferiu-se, ao acusado, o direito de recorrer em liberdade.

O Ministério Público, em razões acostadas às f. 222/224, pugnou pela reforma da sentença, para condenação do apelado nos termos da denúncia.

Contrarrazões às f. 236/239, em que se requer seja negado provimento ao recurso da acusação

Inconformado com a decisão, o acusado recorreu a este Tribunal (f. 232/235-v.), pleiteando a reforma da sentença. Para tanto, inicialmente, a defesa requer a absolvição pelo delito em que condenado, por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a redução da pena ao mínimo legal, bem como a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos. Pugnou, ainda, fosse concedida a justiça gratuita.

Contrarrazões do Ministério Público às f. 241/244, pugnando pelo desprovimento do apelo defensivo.

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça, (258/263), opinando pelo parcial provimento do recurso defensivo e provimento recurso de apelação interposto pelo Ministério Público.

Esse o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço dos recursos, próprios, tempestivos e regularmente processados. As partes não arguiram preliminares e na análise dos autos não foi verificada qualquer nulidade para ser declarada.

Mérito.

A materialidade encontra-se comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante Delito (f. 02/05), Boletim de Ocorrência (f. 09/12), Auto de Apreensão (f. 13), Relatório (f. 27/39), Imagens (f. 40/47), Termo de Representação (f. 54), Relatório da Transoeste (f. 57/59), Documento (f. 60/63).

Quanto à autoria, também nenhuma dúvida de sua configuração. As declarações das testemunhas prestadas, tanto em fase policial quanto em juízo, atribuem com segurança e certeza a autoria delitiva ao réu.

Quanto ao mérito, inverto a ordem de análise dos apelos, considerando a amplitude da tese defensiva em relação à ministerial.

Do recurso defensivo

Absolvição

Pleiteia a defesa a absolvição, sob o fundamento de insuficiência de provas.

Todavia, com a devida vênia, entendo que razão não lhe assiste.

Com efeito, observo que em sede policial (f. 09) o réu L. negou a prática do crime, afirmando que:

> [...] Que nega envolvimento no crime em questão; que afirma que o notebook, a bucha de maconha, o celular Motorola Moto Z, o dinheiro, um dos cartões Divipass e o cartão BH bus são de sua propriedade; que relata que trabalha com "cartões de portaria"; que nega ter participação na clonagem de cartões; [...].

Em juízo (mídia à f.133), confessou os fatos narrados na denúncia, afirmando que fazia a adulteração nos cartões com o uso de um notebook e um leitor de cartões de forma que o saldo não reduzia após o uso. Declarou que combinou com L. que incumbiria ele abordar as pessoas no ponto de ônibus que iriam pagar a passagem com dinheiro e propor a utilização dos créditos que possuía no cartão, para liberação da catraca do ônibus, por um preço inferior do que pagariam com dinheiro.

Confirmando a versão do réu, a testemunha Daniel Camargos Melo, representante comercial das empresas Transcid e Divipass, na Depol (f. 52/53) afirmou que:

> [...] Que o declarante conseguiu apurar, através do relatório dos sistema, que no cartão de número 06700000000477, foram detectados 299 usos em cinco dias (do dia 27 até 30.11), o que gerou um prejuízo para a empresa no valor de R$1.011,20 (mil e onze reais e vinte centavos); que através de imagens internas de uma das linhas o declarante conseguiu identificar um dos autores; que na data de ontem foram enviados funcionários da empresa Divipass ao local em que os dois autores, agiam para observarem a ação dos autores; que foi observado que os autores agiam juntos, sendo que um deles abordava os passageiros oferecendo a passagem em cartão em troca do dinheiro e o outro indivíduo entrava no ônibus junto aos passageiros para passar o cartão diversas vezes; [...].

Em juízo (mídia à f. 133), a referida testemunha afirmou que o sistema detectou que o cartão utilizado pelo autor não estava tendo redução do saldo.

Portanto, fica evidente a prática do réu, de forma a induzir a vítimas em erro, havendo dolo em sua conduta.

Diante disso, certo é que o acusado queria obter vantagem, ainda que causasse prejuízo a outras pessoas e tivesse que se utilizar meio fraudulento.

Assim, a conduta do acusado enquadrou-se no preceito primário tipificado pelo art. 171, *caput*, do CPB e, em face disso, o decreto condenatório é medida que se impõe.

Nesse contexto, diante do conjunto probatório colhido nos autos, verifica-se que além de inexistirem contundentes dúvidas acerca da autoria do crime, restou comprovado, de forma inequívoca, o dolo específico na conduta do agente, consistente na vontade deliberada de obter ilícita vantagem patrimonial para si ou para outrem, ao induzir os usuários do ônibus em erro, mediante meio fraudulento.

Verifica-se que o apelante utilizava-se de cartões adulterados para vender passagens mais baratas aos passageiros, sendo que o saldo do cartão não esgotava.

Impende destacar que, para a configuração do delito de estelionato é necessária a prova da obtenção, para si ou para outrem, de vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.

Nesse sentido:

> Apelação criminal. Estelionato. Absolvição. Impossibilidade. Dolo configurado. Concessão do privilégio. Impossibilidade. Valor do prejuízo elevado. Redução da pena-base. Inviabilidade. Apelação criminal. Estelionato. Redução do montante fixado a título de prestação pecuniária. Não cabimento. O crime de estelionato exige a constatação do dolo específico, qual seja a vontade do agente de obter vantagem indevida em prejuízo alheio, por meio fraudulento. Restando demonstrado o dolo do acusado em obter a vantagem indevida em prejuízo da vítima, mediante fraude, na medida em que ele a manteve em erro, alegando que havia ajuizado uma ação trabalhista em seu favor, resta configurado o delito de estelionato. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o critério de pequeno valor a ser adotado para fins de aplicação do privilégio do art. 171, § 1º, do Código Penal, é o valor do salário mínimo vigente ao tempo do delito. Precedentes. A pena-base deve ser mantida se as circunstâncias judiciais foram devidamente fundamentadas em fatores diversos. Descabida a redução da pena substitutiva de prestação pecuniária quando estabelecida em valor razoável e adequado para o caso concreto. V.v.p. de ofício. Redução do valor fixado a título de prestação pecuniária. O valor da prestação pecuniária deve atender às finalidades da reprimenda, consistentes na punição do infrator e na reparação das consequências advindas de sua conduta, devendo, outrossim, ser proporcional ao grau de reprovação da conduta, à pena privativa de liberdade fixada e à condição financeira do réu (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0637.19.003259-8/001, Rel. Des. Anacleto Rodrigues, 8ª Câmara Criminal, j. em 25.11.2021, p. em 30.11.2021).

Destarte, existindo provas contundentes acerca da presença dos elementos caracterizadores do tipo penal em apreço, sobretudo na fase judicial, sob o crivo do contraditório, de rigor a manutenção do decreto condenatório.

Dosimetria.

Feitas tais considerações, passo a analisar a pena fixada, objeto do recurso.

O MM. Juiz para fixar a pena acima do mínimo legal considerou em desfavor do réu a "culpabilidade, conduta social, personalidade, circunstâncias e consequências" nos seguintes fundamentos:

> [...] A culpabilidade deve ser aumentada, merecendo sua conduta censurabilidade maior além daquela inerente ao próprio crime, tendo em vista as CAC's de f. 74 e 98/99. [...] Conduta Social e personalidade desfavoráveis, tendo em vista o envolvimento do acusado com outras condutas delitivas, indicadas na CAC de f. 98/99. [...] Circunstâncias e consequências também lhe são desfavoráveis em virtude do prejuízo suportado pelas vítimas [...].

Sobre a culpabilidade, depreende-se que a r. sentença empregou o termo sob a ótica do conceito analítico de crime e, neste prisma, a culpabilidade subdivide-se em imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

E, *in casu*, não há qualquer elemento concreto no sentido de que o réu ultrapassou os limites de reprovabilidade da conduta delitiva esperados, razão pela qual não deve a circunstância ser considerada em seu desfavor.

A conduta social corresponde ao comportamento do agente perante a sociedade e a sua interação com seus pares, de modo que a sua valoração negativa exige concreta demonstração de desvio de natureza comportamental.

E, no caso dos autos, tenho que não há maiores comprovações de eventual conduta social ruim do agente, o que não autoriza a valoração negativa da circunstância em análise.

No que tange a personalidade e as circunstâncias, considero-os neutros, vez que a ausência de motivação não pode ser utilizada para negativar tais circunstâncias.

Sobre as consequências do delito, constata-se que os fundamentos apresentados foram generalizadas e não se adequaram aos fatos em julgamento. Vê-se assim que para o caso o d. Sentenciante não apontou qualquer consequência extrapenal para que se pudesse aquilatar a desfavorabilidade dessa vetorial.

Com essas modificações, reduzo o quantum da pena-base ao mínimo legal, motivo pelo qual deixo de aplicar a atenuante relativa a confissão espontânea, por não fazer parte do tipo penal. Sendo assim, não tem o condão de promover a pena-base para aquém do mínimo permitido. Esse entendimento já se encontra sumulado pelo eg. STJ como se vê do enunciado nº 231:

"A incidência da circunstâncias atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Na terceira fase, inexistem causas de aumento ou diminuição, motivo pelo qual arbitro a pena definitiva em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Mantenho o regime prisional para o aberto, a teor do art. 33, § 2º, *c*, do CP.

Quanto ao pedido de substituição da pena corporal por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal, tenho que, tratando-se de pena privativa de liberdade igual a 1 (um) ano, altero a sentença para substituir a sanção corporal por apenas 1 (uma) sanção restritiva de direitos, a saber: prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da condenação.

Do recurso ministerial.

Condenação

O Parquet requer a reforma da sentença para que o acusado seja condenado nos termos da denúncia.

Sem razão.

É que, embora demonstrada a efetiva prática do crime de falsificação de papéis públicos (art. 293 do CP), vejo que este delito constituiu instrumento para a prática do crime de estelionato (art. 171 do CP), ou seja, serviu de meio para o crime-fim.

No presente caso, o apelante L. fraudou cartões eletrônicos de passagem de transporte coletivo, confeccionados pela vítima DIVIPASS e utilizados pela empresa TRANCID.

Portanto, a falsificação deve ser considerada como crime-meio, quando, como no caso, praticado com a intenção de obter vantagem indevida, pois a conduta do agente insere-se, tão-somente, no cometimento do delito final de estelionato.

Aplica-se, ao caso, a Súmula nº 17/STJ: *"Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido"*.

De todo o contexto, apresenta-se adequadas as considerações do d. Sentenciante sobre:

> [...] Todavia, a conduta narrada na inicial acusatória e comprovada pelos elementos de convicção produzidos em juízo autoriza concluir que a utilização do cartão eletrônico fraudado foi o meio para perpetrar o crime de estelionato, não sendo possível que o acusado o utilizasse para outros fins [...].

Razão assiste ao d. Sentenciante, pois, a falsificação documental foi efetivada como elemento essencial para pratica do crime de estelionato.

Por todo o exposto, mantenho a absolvição do réu, nos termos do art. 386, inciso VI, do CPP.

Conclusão

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso da acusação e dou parcial provimento ao recurso da defesa, para fixar a pena-base no mínimo legal nos termos supramencionados e para substituir a pena privativa de liberdade do acusado por apenas 01 (uma) restritiva de direito, mantendo quanto ao mais incólume a sentença recorrida, a saber: prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da condenação.

Comunique-se imediatamente o d. Juízo das Execuções Penais, para fins de adequação da Guia de Execução provisória com relação a pena.

O primeiro Apelante é isento do recolhimento de custas quanto ao seu recurso.

Em relação ao segundo recurso, custas recursais, pelo segundo Apelante, suspensa a exigibilidade nos moldes do art. 98, § 3º, do CPC.

DES. ALBERTO DEODATO NETO (REVISOR) - De acordo com a Relatora.

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE - Ouso divergir da douta Relatora para dar provimento ao recurso ministerial para condenar L.V.R. no art. 293, VI, do Código Penal (falsificação de bilhete de transporte público). Divirjo, ainda, para não condenar o acusado ao pagamento das custas recursais.

Do princípio da consunção.

De acordo com a Súmula nº 17 do STJ, quando o falso se exaure no estelionato sem maior potencial lesivo deve ser por este absorvido. Como o próprio verbete sumular indica, só será possível aplicar o princípio da consunção quando o crime de falso se exaurir no estelionato, sem maior potencial lesivo. Não é este o caso dos autos, pois, o cartão falsificado não esgotou sua potencialidade lesiva no crime de estelionato. Isso porque, embora o apelante tenha sido denunciado pela prática de um único estelionato, da simples leitura da exordial acusatória pode-se perceber que o cartão foi utilizado mais de uma vez naquele dia, tendo em vista que o corréu *"oferecia passagens com valor abaixo do tabelado a usuários do transporte coletivo que estariam em ponto de ônibus"* (f. 02D-v.).

Tal fato é corroborado pelo documento de f. 59, segundo o qual o cartão foi utilizado pelo menos 13 (treze) vezes no dia dos fatos.

No mesmo sentido é o depoimento extrajudicial de Daniel Camargos Melo, gerente de bilhetagem eletrônica da empresa Divipass:

> [...] Que foi observado que os autores agiam juntos, sendo que um deles abordava os passageiros oferecendo a passagem em cartão em troca do dinheiro e o outro indivíduo entrava no ônibus junto aos passageiros para passar o cartão diversas vezes; Que foi apurado que em uma única vez o autor chegava a passar o cartão para vários passageiros [...] (*sic*, f. 25-v.).

Em juízo, o corréu L. confirmou que usou o cartão mais de dez vezes na data dos fatos, inclusive nos dois dias anteriores (mídia de f. 210).

Dessa forma, verifica-se que a falsidade manteve sua potencialidade lesiva e não se exauriu com o crime de estelionato, motivo pelo qual não há possibilidade de se aplicar, *in casu*, o princípio da consunção.

Nesse sentido entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

> Penal. *Habeas corpus*. Falsidade ideológica e estelionato. Aplicação do princípio da consunção. Impossibilidade. Concurso formal. Dosimetria. Pena-base acima do mínimo legal. Fundamentação insuficiente com relação à culpabilidade, personalidade, circunstâncias do crime e comportamento da vítima. I - A orientação emanada do enunciado nº 17 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça tem como pressuposto lógico a idéia de que o falso exaure sua potencialidade lesiva ao constituir-se crime meio para a consecução do delito fim, que é o estelionato (Precedentes). II - Sendo a falsidade meio para o estelionato, não se exaurindo neste, inviável a aplicação do princípio da consunção, por permanecer a falsidade apta à prática de outras atividades delitivas. Aplica-se, nestes casos, o concurso formal de crimes, e não o concurso material. (Precedentes do STF). III - Na hipótese dos autos, a falsificação empregada não esgotou sua potencialidade lesiva no estelionato, tendo sido, ao contrário, utilizada por diversas vezes nos crimes praticados pelo paciente. Inviável, portanto, a aplicação do princípio da consunção. [...] (HC nº 125.331/MG, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, Rel. p/acórdão Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. em 09.02.2010, *DJe* de 08.03.2010).

> Agravo regimental. Recurso especial. Estelionato e uso de documento falso. Súmula nº 17/STJ. Princípio da consunção. Inaplicabilidade, na espécie. Falsificação utilizada em outra ocasião. Recurso improvido. - Em razão da permanência da potencialidade lesiva do falso, que não se exauriu na fraude perpetrada, é inaplicável a Súmula nº 17/STJ, na espécie. - Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp nº 1.389.405/RS, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, Desembargador Convocado do TJ/PE, 5ª Turma, j. em 30.06.2015, *DJe* de 07.08.2015).

Pelo exposto, com fulcro na Súmula nº 17 do STJ, deixo de aplicar a consunção entre o delito previsto no art. 293, VI, do CP e o crime previsto no art. 171 do CP.

Forte nessas razões, acolho o pleito ministerial e condeno o acusado também pela prática do crime do art. 293, VI, do CP.

Atento ao prescrito nos arts. 59 e 68 do CP, passo à dosimetria da pena.

Falsificação de bilhete de transporte público.

A culpabilidade como circunstância judicial para determinação da pena deve ser entendida como a censurabilidade do fato, a reprovação social que se faz à conduta delitiva. No presente caso, verifico que ela não destoa da normalidade e, por isso, não pode ser utilizada para majorar a reprimenda basilar.

Os antecedentes criminais são favoráveis, pois o acusado não possui condenações definitivas (f. 98/99).

A conduta social e a personalidade devem ser tidas como favoráveis, ante a ausência de informações aptas a maculá-las.

O motivo, as circunstâncias e as consequências do crime não são destoantes da normalidade.

Não há que se falar em comportamento da vítima.

Consequentemente, fixo a pena-base no mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão e de 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, não há agravante. Incide a atenuante da confissão espontânea, todavia deixo de aplicá-la, pois a reprimenda basilar foi fixada no mínimo legal.

Na terceira fase, concretizo a pena no patamar acima diante da ausência de causas de aumento e de diminuição da reprimenda.

Estelionato.

Mantenho inalterada a dosimetria do crime de estelionato promovida pela douta Relatora. Consequentemente, fica L. condenado às penas de 1 (um) ano de reclusão e de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Concurso material:

Diante do concurso material, somo as reprimendas e as concretizo em 3 (três) anos de reclusão e em 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Fixo o regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, *c*, do CP.

Presentes os requisitos do art. 44 do Codex, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas alternativas, a saber: prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, a serem regulamentadas pelo juízo da execução.

Das custas recursais.

É certo que o art. 804 do Código de Processo Penal torna pungente a condenação do vencido nas custas e a suspensão da exigibilidade desse pagamento é feita pelo juízo da execução, inclusive quanto às custas recursais.

É que, a meu juízo, o fato gerador das custas na apelação é uma situação jurídica, pois acontece diante da sucumbência de seu pedido recursal. Contudo, no presente caso, foi dado parcial provimento ao recurso interposto pelo acusado.

Logo, não há que se falar em condenação nas custas recursais.

Do dispositivo.

Em face do exposto, divirjo da eminente Relatora para dar provimento ao recurso ministerial para condenar o acusado como incurso no art. 293, VI, do Código Penal (falsificação de bilhete de transporte público). Divirjo, ainda, para não condenar o acusado nas custas recursais.

Acompanho, no mais, as disposições de Sua Excelência.

Por consequência, fica L.V.R. condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, no regime aberto, substituída por prestação de serviços à comunidade e por prestação pecuniária, a serem regulamentadas pelo juízo da execução, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor mínimo unitário, pelos delitos do art. 171, *caput*, e do art. 293, VI, na forma do art. 69 do Código Penal.

O réu pagará as custas do apelo ministerial (art. 804 do CPP).

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DA ACUSAÇÃO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO, VENCIDO PARCIALMENTE O VOGAL.

Apelação criminal - Crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03) - Sentença condenatória - Mídia audiovisual danificada - Nulidade parcial do feito

-Encontrando-se a mídia audiovisual danificada, inquestionável a ocorrência de nulidade parcial do feito, tendo em vista a impossibilidade de apreciação, em grau recursal, dos atos praticados na Audiência de Instrução e Julgamento.

-Verificada tal intercorrência e, não havendo transcrição do interrogatório e dos depoimentos, é de rigor a renovação da inquirição, sob pena de violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, e ao duplo grau de jurisdição.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.15.183685-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - 1º Apelante: W.C.R. - 2º Apelante: R.W.G.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. WANDERLEY PAIVA

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em ANULAR PARCIALMENTE O FEITO.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2022. - *Wanderley Paiva* - Relator.

Voto

DES. WANDERLEY PAIVA - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto em face da sentença de f. 358/370, proferida pela MMª. Juíza de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG, que julgou procedente a pretensão deduzida na denúncia para:

- condenar o réu W.C.R nas iras do art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos;

- condenar o réu R.W.G.S como incurso nas sanções do art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 12 (dez) dias-multa.

Em suas razões recursais, às f. 381/384, a defesa do réu R.W.G.S. postula, em suma, pela reforma da sentença, no diz respeito à reprimenda concretizada ao réu, sob o fundamento de que se mostra

exacerbada. Pugnou pelo abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Por sua vez, a defesa do réu W.C.R., aviou razões, f. 419/422, requerendo a absolvição por ausência de provas e, alternativamente, a desclassificação para as sanções do art. 16, da Lei nº 10.826/03.

Intimado, o Ministério Público apresentou contrarrazões às f.386/388 e 425/429, pugnando pelo desprovimento dos recursos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 430/434, conhecimento do primeiro apelo e não conhecimento do segundo e, no mérito, pelo improvimento dos recursos.

É o relatório.

Narra a denúncia:

> [...] No dia 26 de agosto de 2015, por volta de 2h, na av. XXX XXXXX X, nas proximidades do nº XXXX, bairro Vila XXXXXX, nesta Capital, os denunciandos possuíam e transportavam sob a guarda dos mesmos a arma de fogo tipo revólver, marca Rossi, calibre .32, nº de série 5910, municiada com 4 (quatro) cartuchos do mesmo calibre, da marca CBC, melhores descritos no Auto de Apreensão de f. 11, tudo em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
>
> Narra o incluso caderno informativo que, diante da prática de crime de tentativa de latrocínio, policiais militares deslocaram-se para o local dos fatos. Já no bairro Vila Cloris, os milicianos se depararam com uma motocicleta Honda de cor vermelha, placa XXX-XXXX, pilotada pelo primeiro denunciando (W.), tendo o segundo (R.) como garupeiro.
>
> Ao perceberem que seriam abordados pela polícia, o denunciando R. tentou dispensar no chão o revólver .32. Todavia, tendo os PMs percebido essa ação, conseguiram lograr êxito em apreender a arma e efetuaram a prisão dos denunciandos.
>
> Assim, patente nos autos a posse comum da arma de fogo, bem como que o denunciando W. era o responsável pelo transporte do segundo (R.), este responsável por portar fisicamente a arma de fogo.
>
> Por fim, a materialidade delitiva restou configurada na forma do APFD de f. 02/06, do boletim de ocorrência de f. 12/14 e do auto de apreensão de f. 11.
>
> Assim agindo, incorreu o denunciando na norma contida no art. 14, da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento).
>
> Ex positis, requer o recebimento da presente denúncia, citando-se o réu para oferecer resposta à acusação, sendo ao final condenado nas penas que lhe couberem.
>
> Requer, ainda, a notificação das testemunhas constantes do rol abaixo apresentado.
>
> [...].

A denúncia foi aditada nos seguintes termos:

> [...] No dia 26 de agosto de 2015, por volta das 20h, na Av. XXXXX X, bairro Vila XXXXXX, nesta capital, o primeiro acusado (W.) transportava e o segundo acusado (R.) portava a arma de fogo revólver marca Rossi, calibre 32, com a numeração de série suprimida por raspagem, devidamente municiada com 4 (quatro) cartuchos intactos, de igual calibre. Os militares depararam com os acusados tripulando a motocicleta XXX-XXXX, pilotada por W., que trazia o acusado R. na garupa, sendo certo que R. dispensou a arma supra citada, que trazia consigo em sua cintura, com o conhecimento do acusado W.
>
> Assim, incorreram os denunciados nas iras do art. 16, parágrafo único, inciso IV da Lei nº 10826/2003, pelo que requer o Ministério Público o recebimento do presente aditamento, mantendo-se os demais termos da denúncia.
>
> [...].

Conforme relatado, a pretensão deduzida na denúncia fora julgada procedente, tendo sido os réus condenados nas iras do art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03. Dessa decisão, as defesas dos réus aviaram recurso de apelação, nos termos alhures expostos.

Pois bem.

Contra tal decisão, insurge-se a defesa nos termos já citados.

Pois bem.

Compulsando os autos, infere-se que há inquestionável nulidade processual, tendo em vista a impossibilidade de apreciação, em grau recursal, dos atos praticados na Audiência de Instrução e Julgamento (Termo de f. 275), já que a mídia audiovisual daquele ato encontra-se danificada.

Apesar de ter sido solicitada a juntada de nova gravação, em resposta às f. 442 foi informado que a mídia solicitada não mais se encontra no sistema TJMG, não sendo possível recuperá-la.

E, não havendo transcrição dos depoimentos das testemunhas e do interrogatório do réu, importa em efetiva violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, e ao duplo grau de jurisdição, sendo necessária a renovação do ato.

Trago à colação julgados semelhantes:

> Apelação criminal. Preliminar de nulidade do processo. Acolhimento. Mídia da AIJ danificada. Renovação dos atos. Inquestionável a ocorrência de nulidade processual, tendo em vista a impossibilidade de apreciação, em grau recursal, dos atos praticados na Audiência de Instrução e Julgamento, o que importa em efetiva violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, e ao duplo grau de jurisdição. Verificada tal falha na gravação, não havendo transcrição do interrogatório e dos depoimentos, é de rigor a renovação da inquirição (TJMG - Apelação Criminal

nº 1.0011.17.001809-4/001, Rel. Des. Eduardo Machado, 5ª Câmara Criminal, j. em 26.06.2018, p. em 02.07.2018).

Processo penal. *Habeas corpus*. Interrogatório de co-réu. CPP, art. 188. Falha na gravação. Renovação do ato. - A nova redação dada ao art. 188 do CPP pela Lei nº 10.792/03 conferiu ao interrogatório judicial uma nova feição, merecendo destaque a oportunidade oferecida pelo legislador de participação das partes neste que é um dos atos mais importantes do processo penal. Não se trata mais de ato privativo do juiz, tendo implicações sérias na absolvição ou condenação dos co-réus. Desse modo, verificada falha na gravação do interrogatório de um dos acusados, não constando no termo de transcrição, por conseguinte, as perguntas que lhe foram formuladas pelos defensores dos demais réus, é de rigor a renovação da inquirição, não apenas para assegurar o direito de defesa, mas, principalmente, a fim de evitar futuras alegações de nulidade da ação penal (TRF-4 - HC nº 13109 PR 2005.04.01.013109-5, Rel. Paulo Afonso Brum Vaz, j. em 11.05.2005, 8ª Turma, DJ de 25.05.2005, p. 893).

Apelação. Crime contra a incolumidade pública. Porte ilegal de arma de fogo. Processo. Falha na gravação do interrogatório. Nulidade. Hipótese. Inquestionável a ocorrência de nulidade processual, tendo em vista a impossibilidade de apreciação, em grau recursal, do interrogatório do apelante, o que importa em efetiva violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, e ao duplo grau de jurisdição. Provimento do recurso defensivo, para declarar a nulidade do processo a partir do interrogatório do recorrente, com determinação de renovação do ato e prolação de nova sentença (TJ-RJ - APL nº 02863920520108190001/Rio de Janeiro, Capital, 29 Vara Criminal. Rel. Antônio Eduardo Ferreira Duarte, j. em 09.09.2014, 4ª Câmara Criminal, p. em 15.09.2014).

Neste sentido, já me manifestei:

Apelação criminal. Crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06). Sentença condenatória. Mídia audiovisual danificada. Nulidade parcial do feito. - Encontrando-se a mídia audiovisual danificada, inquestionável a ocorrência de nulidade parcial do feito, tendo em vista a impossibilidade de apreciação, em grau recursal, dos atos praticados na Audiência de Instrução e Julgamento. -Verificada tal intercorrência e, não havendo transcrição do interrogatório e dos depoimentos, é de rigor a renovação da inquirição, sob pena de violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, e ao duplo grau de jurisdição (TJMG - 1ª Câmara Criminal - Apelação Criminal nº 1.0027.18.001239-8/001 - Rel. Des. Wanderley Paiva, DJ de 06.08.2019).

Portanto, verificado o dano na mídia em que ocorreu a gravação da Audiência de Instrução e Julgamento, o que constitui nulidade insanável, decreto a nulidade do processo, desde o referido ato, inclusive.

Pelo exposto, suscito, de ofício, preliminar de nulidade parcial do processo, desde a audiência de Instrução e Julgamento, incluindo este ato, f. 275, o qual deverá ser renovado. Sendo assim, após o transito em julgado, baixem os autos à instância de origem para renovação do ato ora determinado.

Custas ex lege.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDISON FEITAL LEITE (REVISOR) E ALBERTO DEODATO NETO.

Súmula - ANULAR PARCIALMENTE O FEITO.

Apelação criminal - Crime contra o patrimônio - Art.157, § 3º, inciso I, do CPB - Imparcialidade do julgador - Circunstância não verificada - "Teoria da causa madura" - Descabimento nos casos de decretação de nulidade da decisão penal por falta de fundamentação - Mérito - Absolvição por insuficiência de provas - Inadmissibilidade juízo condenatório lastreado em elementos indiciários corroborados por prova judicial - Elementos de convicção suficientes à manutenção da condenação - Dosimetria da pena - Incomprovação de registros criminais anteriores à data do fato - Maus antecedentes desconsiderados (Súmula nº 444 do STJ) - Reavaliação com consequente redimensionamento ao mínimo legal - Regime de cumprimento de pena - Agente não reincidente e moduladores totalmente favoráveis - Fixação do semiaberto - Possibilidade - Orientação da Súmula nº 719 do STF - Recurso desprovido

- Apenas deve ser acolhida a preliminar para se declarar a nulidade do feito em razão da suspeição de um juiz quando houver fato que demonstre, de forma clara e irrefutável, que o magistrado não possui a necessária imparcialidade para presidir o feito.

- O novo Código de Processo Civil, em seu art. 1.013, § 3º, inciso I a I-V., permite o julgamento imediato do mérito por parte dos Tribunais Superiores ("Teoria da Causa Madura"); porém, tal apenas ocorre nos casos em que for necessário anular ou reformar a sentença, porque, assim, a causa estará pronta e, consequentemente, o processo, para julgamento. Por seu turno, o Código de Processo Penal traz consigo um sistema de controle recursal das apelações quanto às sentenças e decisões com força definitiva, nos termos do art. 593, incisos I e II, resguardando sempre o duplo grau de juízo de admissibilidade. Vale dizer, o art. 3º do CPP admite a aplicação de forma subsidiária das regras do CPC, mas desde que inexista em seu conteúdo previsão legislativa divergente. Logo, no processo penal, a declaração da nulidade de uma sentença por parte dos Tribunais Superiores com consequente julgamento pode ocorrer de forma limitada e excepcional, desde que favoreça o acusado em situações que não demandem análise meritória (extinção da punibilidade pela prescrição, por exemplo).

- A presença de elementos de convicção produzidos sob o manto do contraditório corroborando os indícios decorrentes da fase de inquérito, solidificando-se, portanto, um conjunto probatório coerente e idôneo, impõe a manutenção da condenação do réu pelo crime previsto no art. 157, § 3º, inciso I, do CPB.

- Conforme a orientação da Súmula nº 444 do STJ, "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base". Assim, ausente decisão judicial condenatória anterior à data do fato, deve ser considerados como favoráveis os antecedentes do réu.

- Segundo a Súmula nº 719 do STF, "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea". Logo, reduzida a pena para 7 (sete) anos de reclusão e favoráveis todos os moduladores do art. 59 do CPB, cabível, de ofício, o abrandamento para o semiaberto, a teor da letra "b" do § 2º e § 3º, ambos do art. 33 do referido código. - Recurso desprovido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0408.15.000071-4/002 - Comarca de Matias Barbosa - Apelante: V.T.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. DE OFÍCIO, REDUZIR A PENA E ABRANDAR O REGIME PARA O SEMIABERTO. COMUNICAR.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2022. - *Nelson Missias de Morais* - Relator.

Voto

DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS - Trata-se de apelação criminal interposta pela Defensoria Pública de Minas Gerais em favor de V.T.S., objetivando a reforma da sentença proferida pela Juíza de Direito da comarca de Matias Barbosa, que condenou o réu como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, inciso I, do CPB, a 8 (oito) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, fixando-se o regime inicial fechado, f. 129/139.

A Defensoria Pública de Minas Gerais, através das razões de recurso apresentadas às f. 143/149-v., alega, em preliminar, que *"a nulidade da sentença à f. 78/82 conduziu à dissonância cognitiva da d. julgadora, levando-a a proferir novo édito condenatório a fim de alcançar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, isto é, uma relação contraditória"*, conduzindo-a a "perseverar nas mesmas razões decisórias e a quebrar a sua imparcialidade proferindo decisão basicamente semelhante, mas que ensejou um equilíbrio em seu sistema cognitivo", sendo, conforme a Defesa, necessária a aplicação

da Teoria da Causa Madura, com declaração da nulidade da r. sentença e julgamento por parte da Segunda Instância.

No mérito, pugnou pela absolvição do réu ao fundamento de que inexistem provas quanto à autoria imputada e que o reconhecimento feito na fase inquisitorial não obedeceu às formalidades do art. 226 do CPP.

Contrarrazões, f. 150/152-v.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 163/164, opinou pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo desprovimento do apelo.

Este, em síntese, o Relatório.

Preliminar - imparcialidade da magistrada

A Defensoria Pública de Minas Gerais, através das razões de recurso apresentadas às f. 143/149-v., alega, em preliminar, que *"a nulidade da sentença à f. 78/82 conduziu à dissonância cognitiva da d. julgadora, levando-a a proferir novo édito condenatório a fim de alcançar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, isto é, uma relação contraditória"*, conduzindo-a a *"perseverar nas mesmas razões decisórias e a quebrar a sua imparcialidade proferindo decisão basicamente semelhante, mas que ensejou um equilíbrio em seu sistema cognitivo"*, sendo, conforme a Defesa, necessária a aplicação da Teoria da Causa Madura, com declaração da nulidade da r. sentença e julgamento por parte da Segunda Instância.

Contudo, sem razão, porque para que prospere a alegada suspeição da magistrada é necessária a comprovação de qualquer fato concreto a demonstrar, de forma clara a objetiva, que ela tenha sido imparcial a ponto de não poder presidir o feito.

No caso, a observação feita pela combatente Defensoria Pública de Minas Gerais diz respeito ao cumprimento por parte da juíza do que restou determinado por esta egrégia 2ª Câmara Criminal, que, às f. 115/117, anulou de ofício a sentença proferida à f. 78/82 por falta de fundamentação, não se verificando da nova decisão, f. 129/139, qualquer indício de suspeição.

Ademais, a tese de que é necessária a aplicação da Teoria da Causa Madura, com declaração da nulidade da r. sentença e julgamento por parte da Segunda Instância, não há como ser acolhida.

Isso porque, conquanto com o advento da Lei nº 13.105/2015, que trouxe a denominada "Teoria da Causa Madura", não se pode desconsiderar que o Código de Processo Penal, como cediço, traz consigo um sistema de controle recursal das apelações quanto às sentenças e decisões com força definitiva, nos termos do art. 593, incisos I e II, resguardando sempre o duplo grau de juízo de admissibilidade.

Por outro aspecto, o art. 3º do CPP, de fato, admite a aplicação de forma subsidiária das regras do CPC, mas desde que não tenha previsão legislativa divergente no CPP.

Desse modo, rejeito a preliminar e conheço do recurso, por preencher os requisitos legais.

Mérito.

Para melhor compreensão dos fatos e da imputação, procedo à transcrição integral da denúncia, segundo a qual:

> [...] No dia 1º de fevereiro de 2014, por volta das 4h, na Rua XXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX, nº XX, bairro Maria Célia, Matias Barbosa/MG, o denunciado, subtraiu coisa alheia móvel alheia, mediante violência contra a pessoa, com emprego de arma, causando lesão grave.
>
> Narram os autos que, na data e local citados, vítima, denunciado, bem como a pessoa de V.S., consumiam bebida alcoólica do estabelecimento comercial Bar da XXXXXXX, situado no bairro Monte Alegre, nesta cidade.
>
> Em dada hora, a vítima pagou pelas bebidas consumidas no botequim, oportunidade em que o denunciado constatou que a mesma trazia consigo, vultosa quantia em dinheiro, uma vez que havia recebido seu pagamento naquele dia.
>
> Após pagar pela despesa, a vítima saiu do bar, intencionando ir para casa, sendo insidiosamente seguido pelo denunciado.
>
> Verificando que o denunciado saiu no encalço da vítima, a testemunha V.S. também foi atrás de J. Mendes, e o avisou que o denunciado estava lhe perseguindo, na posse de uma faca, com o propósito de roubar o dinheiro que tinha, tendo sugerido que se refugiasse em sua residência, o que foi aceito.
>
> Destarte, antes que pudessem entrar na casa de Valéria da Silva, foram surpreendidos pelo denunciado, que, de fato, na posse de uma faca, desferiu vários golpes contra a vítima, acertando-o no braço, bem como em sua barriga.
>
> Ato contínuo, o denunciado colocou a mão diretamente no bolso da calça, onde a vítima trazia o dinheiro, subtraindo R$ 200,00 (duzentos reais), evadindo, em seguida.
>
> Dos golpes de faca desferidos pelo denunciado, com a perfuração de cavidade abdominal, e com lesão visceral no corpo, resultou, para a vítima, perigo de vida e incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, conforme revela o Auto de Corpo de Delito, coligido às f. 18.
>
> Assim procedendo, o denunciado, consciente e voluntariamente, subtraiu coisa alheia móvel mediante violência, causando lesões graves na vítima, estando, por conseguinte incurso nas sanções do art. 157, parágrafo 3º, primeira parte, do Código Penal, s/n.

Recebida a denúncia em 23.08.2018, f. 53, o réu foi citado, seguindo-se de apresentação de defesa preliminar, audiência e alegações finais, bem como condenação como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, inciso I, do CPB, a 8 (oito) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, com fixação do regime inicial fechado, f. 129/139.

Irresignada, a Defensoria Pública de Minas Gerais, que assiste ao réu, alega, nas razões de recurso apresentadas às f. 143/149-v., que inexiste prova suficiente a permitir com segurança a conclusão acerca da autoria imputada ao acusado, bem como, que o reconhecimento feito na fase inquisitorial não obedeceu às formalidades do art. 226 do CPP.

Pois bem.

Feitas tais considerações e apreciados todos os elementos de prova produzidos, compreendo que a decisão condenatória lançada deve ser mantida em seus termos, uma vez que, ao contrário do alegado pela combativa Defensoria Pública de Minas Gerais, há prova produzida sob o crivo do contraditório que consubstancia os indícios decorrentes do inquérito e que, efetivamente, asseguram a imputação ao réu feita na denúncia.

Com efeito, dos autos se verifica que a testemunha V.S. prestou declarações semelhantes em ambas as fases em que foi ouvida, extraindo-se de seus relatos elementos seguros a sustentar a certeza necessária quanto à ação perpetrada pelo réu V.T.S.

V.S. disse que o intento do apelante era de subtrair dinheiro que a vítima portava e que momentos antes do evento *"V. ameaçou a pessoa de J., querendo dinheiro, mas como J. não lhe deu dinheiro, a pessoa de V. queria enfiar a mão no bolso de J."*, f. 06.

Esta testemunha declarou ainda que

> J. estava com dinheiro e estava bancando toda a conta" e que "ainda estava no portão quando a pessoa de J. lhe pediu para entrar em sua casa pois estava sendo agredido pela pessoa de V. e quando deixou J. entrar em sua casa, a pessoa de V. invadiu sua casa e agrediu a pessoa de J. com golpes de faca, não sabendo quantas facadas J. levou", finalizando, ainda na fase policial, que diante do ocorrido "chamou a esposa de J. e a esposa de J. chamou a ambulância (f. 06).

Em juízo, V.S. (sistema audiovisual, f. 65) reforçou que o acusado havia seguido a vítima e que em determinado momento V.T.S. tirou a faca que portava, quando então tentaram se abrigar na casa dela (Valéria), mas mesmo assim o apelante continuou com seu intento e desferiu os golpes no ofendido.

A vítima J.M.C., às f. 08/09, confirmou que voltava para sua casa sozinho e que trazia consigo R$600,00 (seiscentos reais), sendo que quando estava no bar certamente o réu percebera que portava tal quantia, e que por conta disso V.T.S. deliberou em segui-lo, mas a testemunha V.S., que visualizara o cenário que se mostrava, o mandou que entrasse na residência dela, a fim de evitar a execução do crime, não obtendo êxito porque o réu invadiu a residência e desferiu os golpes.

Em juízo, J.M.C. (sistema audiovisual, f. 65) confirmou as declarações acima e, sem titubear, apontou o réu como sendo o responsável pelos golpes de faca, tudo com o objetivo de subtrair o dinheiro que portava, enfatizando, ainda, que em razão dos ataques teve seu fígado perfurado e fora submetido a 2 (duas) cirurgias.

Com efeito, a identidade de versões apresentadas tanto pela vítima J. quanto pela testemunha Valéria não permitem o acolhimento da tese defensiva, tampouco a alegação de ter havido irregularidade no reconhecimento, considerando-se, acentuadamente, que todos eram próximos.

Certo é que não há justificativa plausível para se conjecturar com a hipótese de ausência de prova acerca da autoria, uma vez que os elementos de prova constantes do contraditório corroboraram, com segurança, os indícios da faz de inquérito.

A negativa apresentada pelo réu sempre quando ouvido está manifestamente dissociada do conjunto probatório, não havendo, desse modo, razão ou motivo para a pretendida absolvição.

Ademais, em crimes como este, que quase sempre perpetrados na clandestinidade, a prova direta raramente é alcançada, sendo determinantes indícios e circunstâncias decorrentes da ação perpetrada para se concluir pela condenação.

"Nos delitos contra o patrimônio, em regra, praticados na clandestinidade, a palavra da vítima assume fundamental importância, prevalecendo, mesmo, sobre a negativa do agente, mormente quando reforçada por outros elementos de convicção" (TJMG - 5ª Câm. Criminal, ACr nº 1.0672.00.028923-7/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, j. em 25.04.2006, p. em 09.06.2006)

> Apelação criminal. Roubo. Desclassificação. Furto. Impossibilidade. Materialidade e autoria. Violência física. Configuração. Ocorre a violência física quando o réu empurra a vítima para tomar-lhe o dinheiro, atitude que quase provoca a queda e facilita a subtração da coisa. Inviável, neste caso, a desclassificação do crime de roubo para o de furto. A jurisprudência desta corte consolidou o entendimento de que nos crimes contra o patrimônio, normalmente praticados na ausência de testemunhas, a palavra da vítima assume especial relevância, principalmente se está em consonância com as demais provas coligidas. Apelação não provida (TJDF - ACr nº 20140110063493 DF nº 0001492-67.2014.8.07.0001, Rel. Souza e Ávila, j. em 05.06.2014, 2ª Turma Criminal, *DJe* de 09.06.2014, p. 217).

No presente caso, destaca-se que a atitude tomada pela testemunha V.S. foi determinante para que o evento suportado por J. não tivesse um desfecho mais grave, de modo que, comprovada à saciedade a autoria do delito, de rigor a manutenção da condenação sem que tal proceder possa ser interpretado como ofensa ao disposto no art. 155 do CPP.

Ademais, em caso como o dos autos o roubo agravado pelo resultado (art. 157, § 3º, inciso I, do CPB) encontra guarida na conclusão firmada pelo auto de corpo de delito de f. 18, segundo o qual da ofensa sofrida pela vítima esta ficou incapacitada para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias.

A par disso, permitida a conclusão de que se trata o caso do crime previsto no inciso I do § 3º do art. 157 do CPB.

> Se da violência utilizada para a prática do roubo resultar incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função; aceleração de parto, incapacidade permanente para o trabalho (lesão corporal grave); enfermidade incurável; perda ou inutilização de membro, sentido ou função; deformidade permanente ou aborto (lesão corporal gravíssima), incide a qualificadora, tendo em vista a lesão à integridade física do sujeito passivo, desde que o agente tenha agido ao menos com dolo eventual, isto é, tenha assumido o risco de praticar a lesão [FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (Coord.). *Código penal e sua interpretação*: doutrina e jurisprudência. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 803].

Por outro lado, no tocante à pena fixada acima do mínimo legal, da leitura da certidão de antecedentes criminais do réu (f. 24/27) não se verifica que à época do ocorrido este ostentasse sequer condenação criminal sujeita a recurso, mas inquéritos que, como se sabe, não se prestam a sustentar a compreensão de que se trata de acusado enveredado na vida do crime, sendo esta, inclusiva, a orientação da Súmula nº 444 do STJ, segundo a qual *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base"*.

Assim, reconsiderando como favorável ao acusado a circunstância judicial dos antecedentes criminais, necessário, de ofício, o redimensionamento da pena e, à míngua de circunstâncias atenuantes, agravantes e causas especiais de aumento (não consideradas na sentença), reduzo a pena para o mínimo legal cominado, ou seja, 7 (sete) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

De igual modo, necessário o abrandamento do regime de cumprimento de pena para o semiaberto, pois, como cediço, a imposição de regime mais gravoso somente é cabível apenas quando se der com base em fundamentação concreta, não sendo possível a sua fixação apenas em observação à gravidade do delito.

Esse inclusive é o entendimento doutrinário:

> A redação impositiva do verbo constante do § 3º do art. 33 do Código Penal (far-se-á) evidencia que o legislador ordenou ao juiz o exame dos dados referenciais do art. 59 do CP, juntamente com os critérios fornecidos pelas alíneas do § 2º do art. 33 do CP. Em verdade, há uma estreita conexão entre esses critérios e o art. 59 do Código Penal. E tanto isto é exato que se exige uma certa simetria entre a avaliação feita pelo juiz em função do art. 59 do Código Penal e a escolha do regime inicial. Destarte, se o acusado, em atendimento aos critérios do art. 59 do Código Penal, foi sentenciado com a pena mínima e se essa pena, em razão de sua quantidade e da qualificação subjetiva do réu, comportasse o regime semi-aberto, não se justifica a aplicação do regime fechado, por inexistir compatibilidade entre o grau de pena fixada e o regime determinado (FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação*. São Paulo. Editora RT, p. 342).

A par disso, e na esteira da Súmula nº 719 do STF, *"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea"*, de modo que, favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CBP e, ainda, tendo a pena sido concretizada em 7 (sete) anos

de reclusão, não sendo o réu reincidente, deve ser abrandado o regime para o semiaberto, nos termos da letra "b" do § 2º e § 3º, ambos do art. 33 do CPB.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso. De ofício, reduzo a pena para 7 (sete) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa e abrando o regime para o semiaberto, mantendo inalterados os demais comandos da r. sentença.

Sem custas.

Comunique-se.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MATHEUS CHAVES JARDIM (REVISOR) E CATTA PRETA.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. DE OFÍCIO, REDUZIRAM A PENA E ABRANDARAM O REGIME PARA O SEMIABERTO. COMUNICAR.

Apelação criminal - Furto - Tentativa não configurada - Inversão da posse - *Conatus* afastada - Delito consumado - Pena - Equívoco no exame das circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis - Redução para a pena mínima - Privilégio - Reconhecimento - primariedade, boa antecedência e valor da res furtiva inferior ao salário mínimo - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Possibilidade

- Para a consumação do crime de furto, não há necessidade de que haja posse mansa e pacífica do bem subtraído, tampouco necessidade de sair da esfera de vigilância da vítima, bastando, para tanto, que haja inversão da posse do bem, ainda que por curso espaço de tempo.

- Se as circunstâncias judiciais negativamente valoradas na sentença, na realidade são próprias do tipo penal do delito de furto ou são neutras, impõe-se a redução da pena-base para a mínima prevista.

- Reunidas condições legais de primariedade, boa antecedência e pequeno valor da res furtiva, o privilégio previsto no § 2º, do art. 155, do Código Penal deve ser reconhecido.

- Sendo favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais e fixada a pena em patamar inferior a 04 anos, impõe-se a substituição da sanção privativa de liberdade por uma restritiva de direitos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0699.20.002370-2/001 - Comarca de Ubá - 1º Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 2º Apelante: J.C.R. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, J.C.R. - Relatora: DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 9 de junho de 2022. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

Voto

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Perante o Juízo da Vara Criminal de Ubá, J.C.R. viu-se denunciado como incurso no art. 155, do Código Penal, porque, segundo a acusação, em 10 de julho

de 2020, por volta de 18h48min, na Praça XXXXX XXXXXXXX, XX, centro, naquele município e comarca, subtraiu, para si, uma bicicleta pertencente a V.M.L.S.

Concluída a instrução, o MM. Juiz *a quo* julgou em parte procedente a denúncia, para condenar o réu como incurso no art. 155, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, lhe impondo a pena de 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais a de pagamento de 7 (sete) dias-multa.

Inconformado, apelou o Ministério Público, pretendendo a condenação do réu nos termos da denúncia, alegando que o crime de furto efetivamente se consumou, diante da inversão da posse do bem.

Apelou também o sentenciado, pugnando pela fixação da pena-base no mínimo legal; afastamento da agravante da reincidência, bem como pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Requer, por fim, a suspensão do pagamento das custas.

Recursos contrariados.

Ouvida, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do apelo do Ministério Público e desprovimento do manifestado pelo réu.

É o relatório resumido.

Conheço dos recursos, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Segundo se constata do exame dos autos, no dia e hora apontados na denúncia, a vítima V.M.L.S., estacionou a sua bicicleta em frente ao "XXX XX XXXXXXX", ausentando-se por alguns instantes.

Ao retornar, percebeu que a sua bicicleta não mais se encontrava no local.

A vítima, então, acionou a Polícia Militar, tendo sido iniciado um rastreamento, com a localização do réu, minutos depois, em cuja posse foi apreendida a bicicleta.

Ao avistar os policiais, o acusado tentou se evadir pedalando a bicicleta, mas se desequilibrou e caiu ao solo, sendo preso em flagrante.

Ouvido no curso do inquérito policial, o acusado contou ter sido abordado pela vítima, que lhe entregou a importância de R$20,00 (vinte reais) para que ele comprasse duas pedras de "crack" para ela, emprestando-lhe a sua bicicleta. Esclareceu que adquiriu a substância entorpecente, mas terminou por consumi-la sozinho, com o que não concordou a vítima, que ameaçou de chamar a Polícia, para lhe imputar falsamente de furto da bicicleta.

Diante disso, com medo de ser preso injustamente, terminou por fugir com a bicicleta da ofendida (f. 08).

Contudo ,ao ser ouvido em Juízo, o réu confessou os fatos conforme eles aconteceram, admitindo, assim, a acusação constante da denúncia.

Segundo relatou o denunciado, ele se encontrava bebendo no XXX XX XXXXXXX, após fazer uso de drogas, oportunidade em avistou a bicicleta e resolveu subtraí-la, sendo preso logo sem seguida (f. 71, audiovisual).

A confissão judicial do réu encontra ressonância no depoimento da testemunha policial P.M.B.J., segundo quem, ao avistar a guarnição policial, o acusado jogou a bicicleta ao chão e tentou fugir, sendo alcançado e preso em flagrante (f. 71, audiovisual).

Sendo este o contexto, entendo que não há que se falar na modalidade tentada do delito, que efetivamente se consumou.

Apesar de o réu haver sido preso em flagrante, minutos depois da prática da subtração, houve o desapossamento da vítima e inversão da posse, que se transferiu para ele

Consoante proclama a jurisprudência, senão pacífica, pelo menos francamente dominante, para a consumação do crime de furto, não há necessidade de que haja posse mansa e pacífica do bem subtraído, tampouco necessidade de que ele saia da esfera de vigilância da vítima, bastando à consumação que haja inversão da posse, ainda que por curso espaço de tempo.

Assim, sem mais delongas, impõe-se o reconhecimento do crime de furto consumado.

Passo ao exame da pena aplicada.

Consoante se verifica dos autos, o douto Magistrado fixou a pena-base em 01 ano e 06 meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, ou seja, 6 (seis) meses e 5 (cinco) dias multa acima da mínima prevista, mediante a seguinte análise das circunstâncias do art. 59, do Código Penal:

> [...] a culpabilidade é elevada, posto o mesmo ter consciência da ilicitude do ato que praticara; antecedentes são desfavoráveis, conforme certidão cartorária; não há nos autos elementos para averiguar sua conduta social e personalidade, sendo indicado exame criminológico para melhor aferição, os motivos inerentes ao tipo do crime, ou seja, a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo de outrem, as circunstâncias lhe são desfavoráveis, haja vista, ter agido sorrateiramente aproveitando de um descuido da vítima; as consequências não são de todo desfavoráveis, tendo em vista que o bem foi recuperado e restituído. A vítima contribuiu para a prática delitiva ao deixar a bicicleta no local destrancada e sem vigilância (f. 94).

Ouso divergir da análise feita pelo ilustre Julgador.

Culpabilidade, circunstância judicial, não se confunde com a culpabilidade elemento integrante do conceito tripartite de crime. Na primeira, se avalia a reprovação social que a conduta merece; na segunda, a potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Nessa esteira, não se pode afirmar que a reprovação social do crime extrapolou a da média, pois se trata de furto comum, cuja prática merece censura normal.

Em relação aos antecedentes do réu também se equivocou o digno Juiz.

Apesar de o réu registrar duas condenações anteriores ao fato tratado nestes autos, (CAC de f. 89/91), nenhuma delas se afigura apta para configurar maus antecedentes, pois ainda não transitaram em julgado.

Portanto, os processos a que se referem, para todos os efeitos, ainda estão em andamento.

Conforme fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário, com repercussão geral reconhecida,

A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.

As circunstâncias do delito também não podem ser consideradas desfavoráveis, pois a ação sorrateira é característica dos crimes de furto, os quais, regra geral, são praticados às escondidas, aproveitando o agente da desproteção do bem.

Desse modo, as circunstâncias judiciais arroladas pelo douto Magistrado como desfavoráveis, na realidade, são próprias do tipo penal do delito de furto ou são neutras, tornando impositiva a redução da pena-base para a mínima prevista, ou seja, 1 (um ano) ano de reclusão.

Na segunda fase dos cálculos, apesar da reincidência do réu não haver restado caracterizada (as decisões não transitaram em julgado) e incidir a atenuante da confissão espontânea, a pena não deve sofrer alteração, já que fixada na mínima prevista (Súmula 231, STJ).

Na terceira-fase, foi afastada a causa de diminuição prevista no art. 14, II, do Código Penal, de sorte que a pena deveria ser concretizada em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Entretanto, a meu sentir, o réu faz jus ao privilégio previsto no art. 155, do Código Penal, pois é primário e de bons antecedentes e o valor da res furtiva, avaliada em R$300,00 (trezentos reais), é bem inferior ao salário mínimo da época (R$1.045,00). Assim, reunidas condições legais de primariedade, boa antecedência e pequeno valor do bem subtraído, o privilégio previsto no § 2º, do art. 155, do Código Penal, é de cogente reconhecimento.

Assim, reduzo a pena do apelante em 1/3 (um terço), ou o correspondente a 4 (quatro) meses e 3 (três) dias-multa, concretizando-a em 8 (oito) meses de reclusão e 7 (sete) dias-multa.

Esclareço que a opção pela fração redutora mínima decorreu do fato de o apelante ostentar duas ações penais em curso, além do valor do bem subtraído corresponder a quase 1/3 (um terço) do valor do salário mínimo.

Por fim, sendo favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais e fixada a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos, substituo a privativa de liberdade que lhe foi aplicada por uma restritiva de direitos, consistente no pagamento de um salário mínimo a entidade a ser determinada pelo Juízo das Execuções Criminais.

Ao impulso de tais razões, dou provimento aos recursos, nos termos constantes deste voto.

Custas, conforme definidas na sentença, devendo eventual suspensão ou isenção ser discutidas no Juízo das Execuções Penais.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES NELSON MISSIAS DE MORAIS (REVISOR) E MATHEUS CHAVES JARDIM.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Apelação criminal - Violência doméstica e ameaça - Recurso do assistente de acusação - fixação da reparação de danos - Inviabilidade - Ausência de pedido expresso na denúncia - Requerimento realizado apenas em alegações finais oferecidas pelo assistente de acusação - Recurso desprovido

- Embora haja no Superior Tribunal de Justiça orientação no sentido de que, nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, independentemente de instrução probatória, imprescindível se faz pedido expresso da acusação ou da parte ofendida nesse sentido.

- O pedido de indenização realizado apenas em alegações finais apresentados pelo Assistente de Acusação afronta o contraditório e a ampla defesa, já que devidamente encerrada a instrução probatória, inexistindo, portanto, oportunidade de debate sobre a matéria.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0027.16.010732-5/001 - Comarca de Betim - Apelante: Assistente Ministério Público - Apelado: J.R.A. - Relator: DES. GLAUCO FERNANDES

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 fevereiro de 2022. - *Glauco Fernandes* - Relator.

Voto

DES. GLAUCO FERNANDES - Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Assistente do Ministério Público em face da sentença de primeiro grau de f. 156/162, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Betim, que condenou o réu J.R.A. pela prática dos crimes tipificados nos arts. 129, §9º, e 147, ambos do Código Penal, indeferindo o pedido de fixação de reparação dos danos pleiteado em alegações finais.

Nas razões recursais às f. 191/192, o Assistente de Acusação requer a condenação do réu pela reparação dos danos morais e materiais, alegando a desnecessidade de instrução probatória específica, tratando-se de dano presumido.

Contrarrazões às f. 197/199.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 197/199, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

Esse, em síntese, é o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Mérito

No caso dos autos, verifica-se que a insurgência se restringe ao indeferimento de condenação do réu de valores à título de reparação de danos em favor da vítima, considerando o suposto prejuízo suportado em razão da conduta do réu.

Nesse sentido, após detida análise dos documentos juntados e das declarações colhidas, entendo que razão não assiste ao Assistente de Acusação.

Salienta-se que a fixação na sentença penal de valores mínimos para reparação dos danos causados pela infração (inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal) pode se dar tanto pelos prejuízos materiais quanto morais. Porém, os pressupostos para o estabelecimento do valor indenizatório mínimo são distintos nas duas hipóteses.

A propósito, firmou-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido que a fixação do valor indenizatório mínimo pelo dano material somente ocorrerá com o pedido expresso na inicial, sendo subsidiado por instrução probatória específica.

Já para o estabelecimento da indenização mínima ao dano moral também não se dispensa o pedido expresso na inicial, contudo, a fixação do valor prescinde instrução específica, sendo possível desde que haja elementos suficientes para o arbitramento.

Em ambas as situações, a exigência do pedido de fixação de valor indenizatório desde o início da ação penal é condição para que se assegure o contraditório e a ampla defesa, permitindo ao réu que se insurja contra o pleito reparatório.

E, especificamente, nos casos de violência contra a mulher em contexto de violência doméstica e familiar, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é possível a fixação de valor mínimo de indenização a título de dano moral, não dependendo de instrução probatória específica sobre a ocorrência do dano, tratando-se de dano *in re ipsa*.

Destacam-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

> Recurso especial. Recurso submetido ao rito dos repetitivos (art. 1.036 do CPC, c/c o art. 256, I, do RISTJ). Violência doméstica e familiar contra a mulher. Danos morais. Indenização mínima. Art. 397, IV, do cpp. Pedido necessário. Produção de prova específica dispensável. Dano *in re ipsa*. Fixação consoante prudente arbítrio do juízo. Recurso especial provido. [...] 4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei nº 11.719/2008,

destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano - o material e o moral -, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa. 5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o quantum ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio. 6. No âmbito da reparação dos danos morais - visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza -, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único - o criminal - possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada. 7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. 8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos. 9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa - sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o *onus probandi* é integralmente do órgão de acusação -, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados. 10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica. TESE: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória (REsp nº 1643051/MS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 3ª Seção, j. em 28.02.2018, DJe de 08.03.2018).

No presente caso, inexiste pedido do Ministério Público na denúncia de fixação de valor mínimo indenizatório por dano sofrido pela vítima (f. D1/D2).

E já encerrada a instrução processual, o Assistente de Acusação em alegações finais pugnou pelo arbitramento de danos materiais em favor da ofendida, para ressarcir *"o prejuízo da bolsa e computador, ambos avaliados em R$5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais)"*, e morais, diante de "doença psicológica que acometeu a vítima" (f. 126).

Logo, diante da inexistência de pedido expresso na denúncia, evidencia-se a impossibilidade da fixação de valor para reparação dos eventuais danos materiais e morais suportados pela ofendida, motivo pelo qual deve ser mantida a sentença singular.

Conclusão.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença de primeira instância.

Custas na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BEATRIZ PINHEIRO CAIRES (REVISORA) E NELSON MISSIAS DE MORAIS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Recursos defensivos - Direito de recorrer em liberdade - Prisão preventiva mantida em sentença - Condições fáticas inalteradas - Rejeição - Preliminares de nulidade (pela defesa): crime de organização criminosa - Condenação havida em feito diverso - Idêntico contexto delitivo - Litispendência reconhecida em sentença - Pedido prejudicado - Depoimentos - Inobservância à regra do art. 212 do CPP - Perguntas formuladas pelo julgador - Contraditório exercido - Ausência de prejuízo - Mérito - Latrocínio - Autoria e materialidade - Condenação - Desclassificação para crime de roubo - Nexo causal entre a conduta e o resultado morte - Impossibilidade - Participação de menor importância - Requisitos - Rejeição - Concurso de pessoas- Função de liderança ou direção - Circunstância agravante - Decote - Impossibilidade - dosimetria - Excessivo sopesamento de circunstâncias judiciais - Redução da pena-base - Prisão domiciliar - Razões de saúde - Réu em execução provisória - Competência do juízo de execução

- O direito de recorrer em liberdade, se confirmada a Prisão Preventiva em Sentença e inalterados os requisitos de fato e de direito que a determinaram, há que ser rejeitado.

- A litispendência, uma vez reconhecida em Sentença, há que se reconhecer prejudicada a alegação de apelação em duplicidade por fato idêntico.

- Nenhuma nulidade há que ser declarada sobre ato, cuja prática não resulte em prejuízo às Partes.

- O disposto no art. 212 do CPP não obsta o Magistrado, em Audiência de Instrução, de formular as perguntas que reputar necessárias à formação de sua convicção.

- O Latrocínio, se demonstrado o nexo de causalidade entre as condutas e o resultado morte, há que se rejeitar a desclassificação para Crime de Roubo.

- A Participação de Menor Importância, para ser reconhecida, postula hipótese de Concurso de Pessoas, em que as penas devam ser diferenciadas em razão da culpabilidade de cada agente para

o resultado.

- A agravante genérica prevista no art. 62, I, do Código Penal, se comprovado o exercício de função de liderança ou direção da atividade dos demais agentes, há que incidir no cômputo da pena.

- O excesso na dosimetria, se constatado, há que se reestruturar a pena para adequado sopesamento das circunstâncias judiciais que permeiam a conduta.

- O pedido de Prisão Domiciliar por razões de saúde, na hipótese em que o Réu se encontre em execução provisória de Sentença condenatória, há que ser formulado ao Juízo de Execução.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0525.20.000545-8/001 - Comarca de Pouso Alegre - 1º Apelante: J.I.C. - 2º Apelante: W.F. - 3º Apelante: E.S.T. - 4º Apelante: R.Q. - 5º Apelante: M.F.C. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 29 de março de 2022. - *Octavio Augusto de Nigris Boccalini* - Relator.

Voto

DES. OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI - J.I.C. (primeiro apelante), W.F. (segundo apelante) E.S.T. (terceiro apelante), R.Q. (quarto apelante) e M.F.C. (quinto apelante) interpuseram Recursos de Apelação à r. Sentença (f. 663/687) prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal e de Precatórias Cíveis e Criminais da Comarca de Pouso Alegre, que julgou parcialmente procedente a Ação Penal e, via de consequência, aplicou sanções assim individualizadas:

a) a J.I.C. (primeiro apelante) pena de 27 anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e o pagamento de 12 (doze) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 157, § 3º, II, c/c art. 62, I, ambos do Código Penal;

b) a W.F. (segundo apelante) pena de 20 (vinte) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e o pagamento de 10 (dez) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 157, §3º, II, c/c art. 65, III, *d*, ambos do Código Penal;

c) a E.S.T. (terceiro apelante) pena de 20 (vinte) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e o pagamento de 10 (dez) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salá-

rio-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 157, § 3º, II, c/c art. 65, III, *d*, ambos do Código Penal;

d) a R.Q. (quarto apelante) pena de 27 anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e o pagamento de 12 (doze) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 157, § 3º, II, c/c art. 62, I, ambos do Código Penal;

e) a M.F.C. (quinto apelante) pena de 20 (vinte) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e o pagamento de 10 (dez) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 157, § 3º, II, c/c art. 65, III, *d*, ambos do Código Penal.

Em ato contínuo, foi reconhecida a litispendência em relação à prática, em tese, do crime previsto no art. 2º, *caput*, e § 2º, c/c art. 1º, § 1º, ambos da Lei nº 12.850/13, motivo pelo qual o feito foi julgado extinto em relação a J.I.C. (primeiro apelante), W.F. (segundo apelante) E.S.T. (terceiro apelante), R.Q. (quarto apelante) e M.F.C. (quinto apelante), com fundamento no art. 95, III, do Código de Processo Penal, c/c art. 485, V, do Código de Processo Civil.

Em Razões Recursais autônomas (f. 706/714), J.I.C. (primeiro apelante), preliminarmente, pleiteia absolvição em relação à prática do crime previsto no art. 2º, *caput*, e § 2º, c/c art. 1º, § 1º, ambos da Lei nº 12.850/13, por violação ao princípio *non bis in idem*. No mérito, pede absolvição, por negativa de autoria, com fundamento no art. 386, IV e VII, do Código de Processo Penal. Sucessivamente, requer desclassificação da conduta para o Crime de Roubo, haja vista ausência de liame entre os atos executórios e o resultado morte. Alternativamente, pleiteia a redução da pena ao mínimo legal, com reconhecimento de participação de menor importância. Postula liberdade provisória ou prisão domiciliar por se tratar de pessoa idosa com saúde debilitada.

Em Razões Recursais apartadas (f. 697/705), W.F. (segundo apelante) requer desclassificação da conduta para o Crime de Roubo, haja vista ausência de liame entre os atos executórios e o resultado morte. Alternativamente, pleiteia a redução da pena ao mínimo legal.

Em Razões Recursais próprias (f. 706/714), E.S.T. (terceiro apelante) requer desclassificação da conduta para o Crime de Roubo, haja vista ausência de liame entre os atos executórios e o resultado morte. Alternativamente, pleiteia a redução da pena ao mínimo legal.

Em Razões Recursais (f. 790/810), R.Q. (quarto apelante) suscita nulidade da Audiência de Instrução e Julgamento, por ofensa ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal, tendo em vista a inquirição de Testemunhas e apelantes pelo Julgador, com consequente expedição de Alvará de Soltura.

No mérito, requer desclassificação da conduta para o Crime de Roubo, haja vista ausência de liame entre os atos executórios e o resultado morte. Alternativamente, pleiteia a redução da pena ao mí-

nimo legal. Alternativamente, pleiteia a redução da pena ao mínimo legal, com reconhecimento de participação de menor importância.

Postula o reconhecimento da Atenuante de Confissão Espontânea, o decote da agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal, e a fixação da pena no mínimo legal.

Em Razões Recursais apartadas (f. 771/789), M.F.C. (quinto apelante) suscita nulidade da Audiência de Instrução e Julgamento, por ofensa ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal, tendo em vista a inquirição de Testemunhas e apelantes pelo Julgador, com consequente expedição de Alvará de Soltura.

No mérito, requer desclassificação da conduta para o Crime de Roubo, haja vista ausência de liame entre os atos executórios e o resultado morte.

Os recursos foram devidamente recebidos (f. 692).

Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu Contrarrazões (f. 812/829), nas quais pede o desprovimento das Apelações.

Em Parecer (f. 883/898), a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela rejeição das Preliminares e, no mérito, pelo desprovimento dos Apelos.

É o relato.

Conheço dos recursos, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Da acusação.

Conforme a narrativa da Denúncia (f. 01D/04D):

[...]

Consta do incluso inquérito policial que, entre os meses de outubro de 2019 e janeiro de 2020, neste município e região de Pouso Alegre, os denunciados integravam, pessoal ente, organização criminosa, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, voltada à prática de crimes com penas máximas superiores a 04 (quatro) anos de reclusão e mediante a utilização de armas de fogo.

Consta, outrossim, que no dia 07 de janeiro de 2020, durante a madrugada, na localidade denominada "XXXXXX XXX XXXXXXXX", zona rural deste município e comarca de Pouso Alegre, os denunciados, previamente ajustados entre si e agindo com unidade de desígnios, subtraíram para proveito comum, mediante graves ameaças e violência, pertences da vítima J.R.C..

Consta, ainda, que, em razão da violência e das graves ameaças empregadas pelos denunciados para a consecução da subtração, a vítima J.R.C. veio a falecer, conforme se extrai do Relatório de Necropsia de f. 37/38.

Segundo se apurou, no mês de outubro de ano de 2019, os denunciados se ajustaram para a prática de diversos roubos na região de Pouso Alegre/MG, mormente nas zonas rurais deste e dos municípios do Espírito Santo do Dourado/MG e São Sebastião da Bela Vista/MG (fatos estes apurados em procedimentos diversos).

Apurou-se, deste modo, que os denunciados integravam organização criminosa, na medida em que possuíam funções distintas nas empreitadas criminosas, com divisão de tarefas, além de perpetrarem crimes de roubo com a utilização de armas de fogo.

Consta que os denunciados R., E., W. e M., no contexto da organização criminosa, possuíam a função de executar os delitos de roubo, dirigindo-se às residências das vítimas - localizadas em zonas rurais - e efetivamente delas subtraindo valores e outros pertences, mediante violência e graves ameaças, exercidas com o emprego de armas de fogo. Apurou-se, ainda, que, enquanto um ou mais denunciados permaneciam no interior de um veículo automotor dando cobertura, os demais adentravam as residências e praticavam os delitos.

É dos autos, por outro lado, que o denunciado J.I., conhecido por "S." ou "S.", era o responsável por promover e dirigir a atividade dos demais agentes no contexto da organização criminosa, angariando as informações a respeito das vítimas, repassando-as aos denunciados R., E., Wanderson e M., e definindo os rumos das empreitadas criminosas.

Apurou-se, também, que o denunciado R., além de se dirigir aos locais dos crimes, juntamente com os denunciados E., Wanderson e M., era o intermediador entre estes e o denunciado J.I., organizando sobremaneira as práticas delitivas.

Decorreu que, nesse contexto, no dia 7 de janeiro de 2020, durante a madrugada, os denunciados R., E., Wanderson e M., previamente ajustados entre si e com o denunciado J.I., dirigiram-se à localidade denominada "XXXXXX XXX XXXXXXXX", zona rural deste município e comarca de Pouso Alegre, com o escopo de praticar crime de roubo em face da vítima Jandira Ribeiro da Costa, cientes de que esta morava sozinha e guardava relevante quantia em dinheiro em sua residência.

Apurou-se que os denunciados R., E., Wanderson e M., a partir das informações repassadas pelo denunciado J.I., foram ao local em um veículo GM/Meriva, ganhando as dependências do imóvel após romperem/danificarem uma cerca de arame (v. f. 53/55). Na sequência, os executores bateram à porta da casa, ocasião em que Jandira saiu e foi rendida.

Ato contínuo, os denunciados R., E., Wanderson e M. seguraram violentamente a vítima e adentraram a residência, momento em que lesionaram o pescoço Jandira e amarraram as suas mãos, voltadas para trás, com um fio de carregador de aparelho celular.

Consta que, durante a execução do roubo, em virtude da violência e das graves ameaças perpetradas pelos denunciados, a vítima veio a óbito, circunstância esta que, ainda no local, foi constatada pelos agentes.

Decorreu que, não obstante a morte da vítima, os denunciados prosseguiram na execução do crime de roubo, revirando os móveis e pertences existentes na casa e subtraindo, para proveito comum, aparelhos celulares e quantias em dinheiro (v. Levantamento Pericial de f. 47/63). Na sequência, R., E., Wanderson e M. se evadiram do local, tomando rumo ignorado.

[...]

Assim descritos os fatos, passa-se a fundamentar.

Do direito de recorrer em liberdade.

J.I.C. (primeiro apelante), R.Q. (quarto apelante) e M.F.C. (quinto apelante) requereram o direito de aguardar em liberdade o julgamento dos recursos.

Os apelantes foram presos em flagrante delito no dia 07.01.2020, com ulterior conversão em Prisão Preventiva. Na r. Sentença, a Prisão Preventiva foi mantida.

Tendo sido negado o direito de recorrer em liberdade, não houve, desde a r. Sentença, alteração das condições de fato e de direito que ensejaram a custódia cautelar.

Tendo em vista o julgamento realizado na presente assentada, há que se rejeitar o pleito defensivo.

Preliminares

Violação ao Princípio *Non bis in idem* (I).

(Pela Defesa de J.I.C., em Razões Recursais)

Em Razões Recursais (f. 706/714), J.I.C. (primeiro apelante), preliminarmente, pleiteia absolvição em relação à prática do Crime de Organização Criminosa por violação ao princípio *non bis in idem*.

Cuida-se, na verdade, de litispendência, que foi reconhecida na r. Sentença, tendo em vista que os apelantes foram processados e condenados, na Comarca de Silvianópolis (Processo nº 0005474-91.2020.8.13.0525), pela prática do crime previsto no art. 2º, *caput*, e § 2º, c/c art. 1º, §1º, ambos da Lei nº 12.850/13, no mesmo contexto delitivo apurado neste feito.

Por conseguinte, esta ação penal foi julgada parcialmente extinta em relação a J.I.C. (primeiro apelante), W.F. (segundo apelante) E.S.T. (terceiro apelante), R.Q. (quarto apelante) e M.F.C. (quinto apelante), com fundamento no art. 95, III, do Código de Processo Penal, c/c art. 485, V, do Código de Processo Civil, estritamente no que concerne ao Crime de Organização Criminosa.

Tendo em vista que a questão encontra-se prejudicada, há que se rejeitar a preliminar.

Ofensa às Garantias Processuais (II).

(Pela Defesa de R.Q. e M.F.C., em Razões Recursais).

Em Razões Recursais (f. 790/810), R.Q. (quarto apelante, f. 790/810) e (f. 771/789) e M.F.C. (quinto apelante, f. 771/789) suscitam nulidade da Audiência de Instrução e Julgamento, por ofensa ao

disposto no art. 212 do Código de Processo Penal, tendo em vista a inquirição de Testemunhas e apelantes pelo Julgador.

Sem razão.

Inicialmente, cumpre-se assinalar que a regra processual não obsta que o Julgador formule questões que considere relevantes à própria convicção, as quais, em princípio, não favorecerem nem prejudicam qualquer das Partes, dada a equidistância do Julgador em relação às teses debatidas.

Ademais, as questões formuladas pela Acusação, pela Defesa e pelo Julgador interessam, indistintamente, ao feito e estiveram sujeitas ao Contraditório na própria Assentada.

A propósito, a Defesa não logrou indicar em que consistiria o suposto prejuízo insuperável decorrente das questões formuladas, diretamente, pelo Juízo, motivo pelo qual não há nulidade a ser declarada, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, que dispõe:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Dessarte, ante a ausência de prejuízo, há de se rejeitar a Preliminar de Nulidade.

Mérito.

Do latrocínio.

(art. 157, § 3º, II, do Código Penal)

Materialidade.

A Materialidade encontra-se demonstrada pelo Boletim de Ocorrência (f. 05/07), pelos Relatórios Circunstanciados de Investigação (f. 09/11, 14/15, 104/109 e 453/456), pelo Laudo de Necropsia (f. 37/38), pelo Laudo de Vistoria em Local de Crime (f. 47/63) e pelo Auto de Apreensão (f. 110).

Autoria.

Na fase inquisitiva, W.F. (segundo apelante, f. 22/23) e E.S.T. (terceiro apelante, f. 24/25), admitiram os fatos e delataram os outros apelantes.

E.S.T. (terceiro apelante, f. 24/25) relatou que, no dia dos fatos, encontrava-se em companhia de W.F. (segundo apelante), R.Q. (quarto apelante) e M.F.C. (quinto apelante). Esclareceu que R.Q. (quarto apelante) informara W.F. (segundo apelante) sobre a existência de dinheiro na casa, pois a vítima trabalhava com a venda de peixes. Deslocaram-se ao endereço da vítima sem portar armas. Narrou que, quando a vítima abriu a porta, tomou-a pelos braços com auxílio de M.F.C. (quinto apelante) e levaram-na de volta ao interior da casa, no que foram seguidos pelos Comparsas. Asseverou que, inicialmente, cabia-lhe ficar no carro, porém, em razão da demora dos Comparsas, adentrou a casa e soube que a vítima havia morrido. Descreveu que W.F. (segundo apelante) amarrara a vítima, que estava de bruços. Afirmou que todos estavam muito nervosos e, após deixarem

a casa, foram tomar cerveja em bar. Registrou ter ouvido de R.Q. (quarto apelante) que vulgo "S." fornecia dinheiro e carros para realização de roubos. Destacou ter presenciado conversa entre W.F. (segundo apelante) e vulgo "S.", no mesmo bar, antes do roubo. Esclareceu que nada levou da casa e que nada recebeu pelo ato.

A versão foi corroborada por W.F. (segundo apelante, f. 24/25). Acrescentou que a vítima não fora agredida, mas que teria passado mal. Afirmou que a marca no pescoço da vítima foi decorrente de movimento involuntário de M.F.C. (quinto apelante), que raspou a unha na vítima. Salientou que vasculharam a casa, mas não localizaram dinheiro. Informou que subtraíram apenas o aparelho celular da vítima, que foi apreendido.

Em Juízo, contudo, W.F. (segundo apelante, f. 22/23) e E.S.T. (terceiro apelante, f. 24/25) retrataram-se parcialmente.

E.S.T. (terceiro apelante) afirmou que, na Delegacia, fez algumas afirmações inverídicas, tendo em vista agressões e ameaças de morte por parte de Policiais Militares. Informou que W.F. (segundo apelante) amarrou uma das mãos da vítima com cabo de telefone celular, tendo a vítima começado a gritar. Afirmou que, quando deixaram a casa, a vítima estava viva e em pé no quarto. Asseverou que R.Q. (quarto apelante) indicou o local para o crime. Frisou que J.I.C. (primeiro apelante) não teve participação.

W.F. (segundo apelante) alegou não ter amarrado a vítima, apenas passado o cabo do telefone celular em uma das mãos de modo a contê-la, pois estava agitada e gritando muito. Afirmou que, quando deixaram a casa, a vítima ainda gritava muito. Salientaram ter levado o aparelho telefônico da vítima para impedi-la de acionar socorro. Esclareceu que, posteriormente, veio a saber que a vítima havia morrido em razão de infarto fulminante. Salientou que, normalmente, R.Q. (quarto apelante) indicava os lugares em que praticariam roubos. Alegou que conhecia J.I.C. (primeiro apelante) de vista, mas não sabia se J.I.C. (primeiro apelante) era a pessoa a repassar informações a R.Q. (quarto apelante).

Em Juízo (mídia audiovisual, f. 577), M.F.C. (quinto apelante) admitiu as acusações. Alegou que, no dia dos fatos, encontrava-se com W.F. (segundo apelante, vulgo Janaúba), R.Q. (quarto apelante, vulgo Robertinho) e E.S.T. (terceiro apelante, vulgo Bila), quando decidiram deixar a roça para furtar. Afirmou que não houve premeditação, que R.Q. (quarto apelante) não havia indicado o local dos fatos. Ressaltou que J.I.C. (primeiro apelante) não estava com o grupo e não sabe dizer se J.I.C. (primeiro apelante) teria conversado e indicado lugares para práticas delitivas. Narrou que adentraram a casa supondo-a vazia, mas depararam com a vítima, que, após abordada, teve os braços amarrados. Informou que, ao deixarem a casa, a vítima estava em pé, gritando e xingando-os muito. Assevera que se lembra do Interrogatório na fase investigativa, cujo teor, contudo, não confirma, haja vista ter mentido. Alegou que o grupo encontrou J.I.C. (primeiro apelante) por acaso, no bar.

Ainda em Juízo (mídia audiovisual, f. 577), R.Q. (quarto apelante) relatou que não esteve na propriedade da vítima, mas que permanecera no carro a aproximadamente três quilômetros, e, após meia

hora, retornou para buscar W.F. (segundo apelante), E.S.T. (terceiro apelante) e M.F.C. (quinto apelante), que não lhe relataram o ocorrido. Salientou ter tido ciência da morte da vítima na Delegacia. Salientou que tinha bastante contato com J.I.C. (primeiro apelante) por terem trabalhado juntos, mas que não tinha conhecimento de eventual envolvimento de J.I.C. (primeiro apelante) no crime.

Em Juízo, J.I.C. (primeiro apelante) negou as imputações. Afirmou ter boa relação com R.Q. (quarto apelante) por terem sido colegas de trabalho. Reconheceu ter falado para R.Q. (quarto apelante) que seu Tio tinha dinheiro em Silvianópolis, mas não sabia que R.Q. (quarto apelante) procederia a roubo contra a propriedade do Tio em Silvianópolis. Salientou não se lembrar sobre o teor da conversa que teve com R.Q. (quarto apelante) no dia dos fatos, porém, habitualmente falavam sobre lavoura.

Das provas em cotejo.

Dos cinco apelantes quatro admitiram a veracidade das imputações, vale dizer, W.F. (segundo apelante), E.S.T. (terceiro apelante), R.Q. (quarto apelante) e M.F.C. (quinto apelante).

J.I.C. (primeiro apelante) rechaçou participação nos fatos e, não obstante, sua versão encontra-se isolada.

Com efeito, E.S.T. (terceiro apelante), M.F.C. (quinto apelante) confirmaram o encontro com J.I.C. (primeiro apelante) no dia dos fatos. R.Q. (quarto apelante) era bem pessoa bem próxima a J.I.C. (primeiro apelante), de quem receberia informações sobre possíveis alvos para novos crimes patrimoniais.

O suposto liame entre os apelantes é asseverado pelo DD. Delegado de Polícia Luiz Felipe Brizzi Santos, que, em Juízo (mídia audiovisual, f. 389), narrou haver presidido as investigações em relação a crimes ocorridos no Município de Espírito Santo do Dourado, na Comarca de Silvianópolis, as quais teriam evidenciado mentoria intelectual de J.I.C. (primeiro apelante) sobre o grupo formado por W.F. (segundo apelante), E.S.T. (terceiro apelante), R.Q. (quarto apelante) e M.F.C. (quinto apelante). Esclareceu que a relação entre J.I.C. (primeiro apelante) e R.Q. (quarto apelante) foi comprovada por meio de interceptações telefônicas, nas quais foram revelados diálogos em que J.I.C. (primeiro apelante) repassava informações ao grupo, especialmente, a R.Q. (quarto apelante), com quem tinha maior proximidade. Destacou que eram repassadas informações sobre possíveis alvos, com preferência por vítimas mais vulneráveis e que morassem em regiões mais afastadas, o que contrastaria com o alto grau de violência empregada contra as vítimas.

Também em Juízo (mídia audiovisual, f. 389), o Policial Civil F.S.O. informou que a vítima foi encontrada amarrada, ao lado da cama. Relatou que, segundo investigações, os apelantes teriam preferência por vítimas idosas e que morassem em locais ermos, agiam em divisão de tarefas e conforme ordens de J.I.C. (primeiro apelante).

As informações foram ratificadas pelo Policial Civil Thiago Rodrigues Vale da Silva (mídia audiovisual, f. 389).

A suposta liderança exercida por J.I.C. (primeiro apelante) é evidenciada pelo crime patrimonial praticado contra o próprio Tio, na Comarca de Silvianópolis. J.I.C. (primeiro apelante) admitiu em Juízo (mídia audiovisual, f. 577) ter dito a R.Q. (quarto apelante), pessoa de confiança, que o familiar tinha dinheiro guardado em Silvianópolis; entretanto, alegou não saber que R.Q. (quarto apelante), de posse dessas informações, procuraria o familiar para consumar o roubo.

Haja vista que J.I.C. (primeiro apelante) tinha informações privilegiadas sobre o Tio, é plausível a tese de que tenha orientado R.Q. (quarto apelante) sobre como agir para consumar a conduta.

Por tais fundamentos, à suficiência dos elementos de autoria e materialidade, além do resultado morte, há que se confirmar a condenação dos apelantes pela prática do crime previsto art. 157, §3º, II, do Código Penal.

Da desclassificação.

As Defesas requerem desclassificação de Latrocínio para Crime de Roubo, tendo em vista a ausência de nexo de causalidade entre a violência empregada na subtração e o resultado morte.

Sem razão.

O Laudo de Necropsia (f. 37/38) indicou causa mortis indeterminada.

Não obstante, constatou *"cardiomegalia importante, presença de derrame pericárdio líquido de aspecto amarelado"*, que pode indicar doença ou ataque cardíaco prévio.

Os apelantes relataram que a vítima gritava muito, o que, supostamente, evidencia estado emocional alterado em razão do medo. A vítima tinha quase 60 (sessenta) anos de idade, vivia sozinha e, portanto, não havia no local ninguém que pudesse ajudá-la. A Perícia comprovou que a vítima teve as mãos amarradas (f. 61), o que, presumidamente, pode ter contribuído para elevar o nível de estresse.

Em Juízo (mídia audiovisual, f. 389), a Testemunha J.R., Irmão da vítima, disse que a vítima não era de se assustar, que a vítima não tinha problemas de coração, mas tinha problema mental. Faz-se verossímil que, a vítima, em razão do "problema mental" relatado pelo Irmão, tivesse experimentado medo em elevadíssimo grau, com dificuldades para processar a violência física e psicológica que sofria naquele momento.

Em Juízo, W.F. (segundo apelante) relatou que, "depois de um tempo, soube da causa da morte da vítima; que soube que ela morreu em razão de infarto fulminante".

Com efeito, é plausível a hipótese de que a vítima tenha sofrido estresse emocional tão intenso que tenha sido acometida de infarto ou outra alteração aguda. E, nessa condição, haja vista ter sido abandonada sozinha e amarrada, a vítima não teria recebido atendimento para salvar-lhe a vida.

Portanto, ainda que os apelantes, supostamente, não tenham agido com o propósito de matar a vítima, evidencia-se o nexo causal entre a conduta e o resultado, tendo em vista que, antes do fato, a vítima tinha vida e, após a consumação do crime patrimonial, a vítima foi achada sem vida.

Por conseguinte, qualquer que tenha sido a causa eficiente da morte da vítima, em princípio, essa causa guarda intrínseca relação com a conduta dos apelantes, que, por ação direta, teriam precipitado alteração emocional de tal proporção que teria provocado o colapso do organismo e o resultado morte.

Segundo orientação do colendo Superior Tribunal de Justiça, o Latrocínio configura-se pelo resultado morte a despeito de ter sido provocado por dolo ou culpa, mas desde que seja comprovado o nexo de causalidade:

> Latrocínio tentado (art. 157, § 3º, combinado com o art. 14, inciso ii, do código penal). Desclassificação para o crime de roubo. Nulidade do laudo de exame de corpo de delito. Ausência de assinatura. Desnecessidade de ocorrência de lesões corporais leves ou graves para a caracterização do crime de latrocínio tentado. Existência de outros documentos que permitem a identificação da médica responsável pela perícia realizada na vítima. Constrangimento ilegal não configurado. - A figura típica do latrocínio se consubstancia no crime de roubo qualificado pelo resultado, em que o dolo inicial é de subtrair coisa alheia móvel, sendo que as lesões corporais ou a morte são decorrentes da violência empregada, atribuíveis ao agente a título de dolo ou culpa. [...] (HC nº 201.175/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. em 23.04.2013, *DJe* de 08.05.2013).

Tendo em vista o nexo causal entre as condutas imputadas aos apelantes e o resultado morte, há que se rejeitar o pleito de desclassificação.

Da participação de menor importância.

J.I.C. (primeiro apelante) e R.Q. (quarto apelante) pleiteiam reconhecimento da Participação de Menor Importância.

Sem razão.

Configura-se a Participação de Menor Importância na hipótese de Concurso de Pessoas, em que as penas devam ser diferenciadas em razão da culpabilidade. Para tanto, postula-se que as condutas sejam mais ou menos relevantes para a produção do resultado.

A aplicação da respectiva Causa de Diminuição de Pena implica a caracterização de atuação acessória, insignificante ou mínima do agente para a realização do fato típico, o que a difere da Coautoria.

Na espécie, J.I.C. (primeiro apelante) e R.Q. (quarto apelante) teriam atuação destacada no grupo. J.I.C. (primeiro apelante) mapearia potenciais vítimas, coletaria e repassaria dados a R.Q. (quarto apelante), que reuniria os demais membros e planejaria a execução dos crimes segundo as diretrizes já confabuladas com J.I.C. (primeiro apelante).

Ademais, os apelantes foram condenados, na Comarca de Silvianópolis, pela prática de Crime de Organização Criminosa, o que evidencia o liame subjetivo, com divisão de tarefas, estrutura estável, dedicada, em tese, à prática de crimes patrimoniais.

Não há, pois, que se falar em Participação de Menor Importância, quando a atuação de cada um, segundo a divisão de tarefas proposta, foi indispensável à consumação do delito.

Por tais fundamentos, há de se rejeitar o pleito defensivo.

Da agravante genérica.

J.I.C. (primeiro apelante) e R.Q. (quarto apelante) pleiteiam decote da agravante genérica prevista no art. 62, I, do Código Penal.

Sem razão.

A pretensa liderança exercida por J.I.C. (primeiro apelante) e R.Q. (quarto apelante) é evidenciada pelo fato de que ambos, de posse de informações relativas a possíveis vítimas, reuniam os demais apelantes para coordenar as ações para prática de crimes patrimoniais.

A posição de destaque que ambos tinham no grupo é corroborada pelas investigações que foram conduzidas pelo DD. Delegado de Polícia Luiz Felipe Brizzi Santos em Juízo (mídia audiovisual, f. 389).

Por tais fundamentos, há de se rejeitar o pleito defensivo.

Dosimetria.

Apelante J.I.C. - (1º Apelante)

Primeira fase.

Na primeira fase da dosimetria, foram reputadas em desfavor do apelante as circunstâncias judiciais relativas às Circunstâncias do Crime, razão por que a pena-base foi fixada em 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

As Circunstâncias foram havidas em prejuízo do apelante "pelo fato de ter concorrido para a prática do crime contra pessoa de idade avançada, que reside sozinha em local situado em zona rural".

Todavia, a elevação da pena-base em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em razão de única circunstância desfavorável, revela-se excessiva. Tendo em vista o critério de diferença entre o máximo e o mínimo de penas abstratamente prevista para o tipo penal, cada circunstância desfavorável haveria, em tese, de motivar elevação da pena-base em até 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão.

Por outro lado, em relação à Pena de Multa, o critério de arbitramento mostrou-se mais favorável ao apelante, motivo pelo qual será mantido.

Haja vista 01 circunstância desfavorável, eleva-se a pena-base à fração de 1/8 (um oitavo) para 21 (vinte e um) anos e 3 (três) meses de reclusão e o pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Segunda fase.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias Atenuantes, foi reconhecida a agravante genérica prevista no art. 62, I, do Código Penal, pelo exercício de função de liderança, que incidiu à fração de 1/6, de modo a elevar a pena intermediária para 24 (vinte e quatro) anos, 9 (nove) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e o pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Terceira fase.

Na terceira fase, não se verificam causas de aumento ou de diminuição de pena. Destarte, torna-se a pena definitiva em 24 (vinte e quatro) anos, 9 (nove) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e no pagamento de 12 (doze) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Do regime de execução.

Haja vista o quanto condenatório, há de ser mantido o regime fechado para início de cumprimento de pena.

Da substituição da pena privativa de liberdade.

Tendo em vista o quanto condenatório, inaplicável a Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Pena Restritiva de Direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Da suspensão condicional da pena.

Haja vista a quantidade de pena aplicada, incabível a Suspensão Condicional da Pena, a teor do art. 77, *caput*, do Código Penal.

Da prisão domiciliar.

J.I.C. (primeiro apelante) requereu a concessão de prisão domiciliar em razão de problemas de saúde.

O apelante encontra-se em regime de execução provisória, assim determinado na r. Sentença. Tendo em vista o presente julgamento, em que se confirma a condenação, o pedido há de ser deduzido ao Juízo de Execução nos termos do art. 66, III, *f*, da Lei nº 7.210/84.

Apelante W.F. - (2º Apelante).

Primeira fase.

Na primeira fase da dosimetria, foram reputadas em desfavor do apelante as circunstâncias judiciais relativas às Circunstâncias do Crime, razão por que a pena-base foi fixada em 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

As Circunstâncias foram havidas em prejuízo do apelante "pelo fato de ter concorrido para a prática do crime contra pessoa de idade avançada, que reside sozinha em local situado em zona rural".

Todavia, a elevação da pena-base em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em razão de única circunstância desfavorável, revela-se excessiva. Tendo em vista o critério de diferença entre o máximo e o mínimo de penas abstratamente prevista para o tipo penal, cada circunstância desfavorável haveria, em tese, de motivar elevação da pena-base em até 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão.

Por outro lado, em relação à Pena de Multa, o critério de arbitramento mostrou-se mais favorável ao apelante, motivo pelo qual será mantido.

Haja vista 01 circunstância desfavorável, eleva-se a pena-base à fração de 1/8 (um oitavo) para 21 (vinte e um) anos e 3 (três) meses de reclusão e o pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Segunda fase.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes, foi reconhecida a presença da Atenuante de Confissão Espontânea, que, a teor da Súmula nº 231 do colendo Superior Tribunal de Justiça, incidirá no cômputo para fixar a pena intermediária no mínimo legal, em 20 (vinte) anos de reclusão e no pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Terceira fase.

Na terceira fase, não se verificam causas de aumento ou de diminuição de pena. Dessarte, torna-se a pena definitiva em 20 (vinte) anos de reclusão e no pagamento de 10 (dez) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Do regime de execução.

Haja vista o quanto condenatório, há de ser mantido o regime fechado para início de cumprimento de pena.

Da substituição da pena privativa de liberdade.

Tendo em vista o quanto condenatório, inaplicável a Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Pena Restritiva de Direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Da suspensão condicional da pena.

Haja vista a quantidade de pena aplicada, incabível a Suspensão Condicional da Pena, a teor do art. 77, *caput*, do Código Penal.

Apelante E.S.T. - (3º Apelante).

Primeira fase.

Na primeira fase da dosimetria, foram reputadas em desfavor do apelante as circunstâncias judiciais relativas às Circunstâncias do Crime, razão por que a pena-base foi fixada em 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

As Circunstâncias foram havidas em prejuízo do apelante "pelo fato de ter concorrido para a prática do crime contra pessoa de idade avançada, que reside sozinha em local situado em zona rural".

Todavia, a elevação da pena-base em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em razão de única circunstância desfavorável, revela-se excessiva. Tendo em vista o critério de diferença entre o máximo e o mínimo de penas abstratamente prevista para o tipo penal, cada circunstância desfavorável haveria, em tese, de motivar elevação da pena-base em até 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão.

Por outro lado, em relação à Pena de Multa, o critério de arbitramento mostrou-se mais favorável ao apelante, motivo pelo qual será mantido.

Haja vista 01 circunstância desfavorável, eleva-se a pena-base à fração de 1/8 (um oitavo) para 21 (vinte e um) anos e 3 (três) meses de reclusão e o pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Segunda fase.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes, foi reconhecida a presença da Atenuante de Confissão Espontânea, que, a teor da Súmula nº 231 do colendo Superior Tribunal de Justiça, incidirá no cômputo para fixar a pena intermediária no mínimo legal, em 20 (vinte) anos de reclusão e no pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Terceira fase.

Na terceira fase, não se verificam causas de aumento ou de diminuição de pena. Dessarte, torna-se a pena definitiva em 20 (vinte) anos de reclusão e no pagamento de 10 (dez) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Do regime de execução.

Haja vista o quanto condenatório, há de ser mantido o regime fechado para início de cumprimento de pena.

Da substituição da pena privativa de liberdade

Tendo em vista o quanto condenatório, inaplicável a Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Pena Restritiva de Direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Da suspensão condicional da pena.

Haja vista a quantidade de pena aplicada, incabível a Suspensão Condicional da Pena, a teor do art. 77, *caput*, do Código Penal.

Apelante R.Q. - (4º Apelante)

Primeira fase.

Na primeira fase da dosimetria, foram reputadas em desfavor do apelante as circunstâncias judiciais relativas às Circunstâncias do Crime, razão por que a pena-base foi fixada em 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

As Circunstâncias foram havidas em prejuízo do apelante "pelo fato de ter concorrido para a prática do crime contra pessoa de idade avançada, que reside sozinha em local situado em zona rural".

Todavia, a elevação da pena-base em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em razão de única circunstância desfavorável, revela-se excessiva. Tendo em vista o critério de diferença entre o máximo e o mínimo de penas abstratamente prevista para o tipo penal, cada circunstância desfavorável haveria, em tese, de motivar elevação da pena-base em até 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão.

Por outro lado, em relação à Pena de Multa, o critério de arbitramento mostrou-se mais favorável ao apelante, motivo pelo qual será mantido.

Haja vista 01 circunstância desfavorável, eleva-se a pena-base à fração de 1/8 (um oitavo) para 21 (vinte e um) anos e 3 (três) meses de reclusão e o pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Segunda fase.

Na segunda fase, foi reconhecida a agravante genérica prevista no art. 62, I, do Código Penal, pelo exercício de função de liderança, que incidiu à fração de 1/6, de modo a elevar a pena intermediária para 24 (vinte e quatro) anos, 9 (nove) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e o pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Postula a Defesa o reconhecimento da Atenuante de Confissão Espontânea, haja vista que, em Juízo, o apelante admitiu a prática delitiva.

Sem razão.

Cumpre-se considerar que o apelante não admitiu as imputações, mas parcialmente alguns fatos. Com efeito, em Juízo, o apelante limitou a própria participação nos fatos à condução de W.F. (segundo apelante), E.S.T. (terceiro apelante) e M.F.C. (quinto apelante), de carro, ao local do crime.

Negou, todavia, ter tomado parte na subtração e na morte da vítima. Negou até mesmo adentrado a casa. Asseverou ter permanecido no carro, a aproximadamente três quilômetros de distância, de onde regressou para buscar os Comparsas.

Tendo em vista que o apelante não admitiu o crime e seus resultados, não há que se reconhecer a incidência da Atenuante de Confissão Espontânea.

Terceira fase.

Na terceira fase, não se verificam causas de aumento ou de diminuição de pena. Destarte, torna-se a pena definitiva em 24 (vinte e quatro) anos, 9 (nove) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e no

pagamento de 12 (doze) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Do regime de execução.

Haja vista o quanto condenatório, há de ser mantido o regime fechado para início de cumprimento de pena.

Da substituição da pena privativa de liberdade.

Tendo em vista o quanto condenatório, inaplicável a Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Pena Restritiva de Direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Da suspensão condicional da pena.

Haja vista a quantidade de pena aplicada, incabível a Suspensão Condicional da Pena, a teor do art. 77, *caput*, do Código Penal.

Apelante M.F.C. - (5º Apelante)

Primeira fase.

Na primeira fase da dosimetria, foram reputadas em desfavor do apelante as circunstâncias judiciais relativas às Circunstâncias do Crime, razão por que a pena-base foi fixada em 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

As Circunstâncias foram havidas em prejuízo do apelante "pelo fato de ter concorrido para a prática do crime contra pessoa de idade avançada, que reside sozinha em local situado em zona rural".

Todavia, a elevação da pena-base em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em razão de única circunstância desfavorável, revela-se excessiva. Tendo em vista o critério de diferença entre o máximo e o mínimo de penas abstratamente prevista para o tipo penal, cada circunstância desfavorável haveria, em tese, de motivar elevação da pena-base em até 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão.

Por outro lado, em relação à Pena de Multa, o critério de arbitramento mostrou-se mais favorável ao apelante, motivo pelo qual será mantido.

Haja vista 01 circunstância desfavorável, eleva-se a pena-base à fração de 1/8 (um oitavo) para 21 (vinte e um) anos e 3 (três) meses de reclusão e o pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Segunda fase.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes, foi reconhecida a presença da Atenuante de Confissão Espontânea, que, a teor da Súmula nº 231 do colendo Superior Tribunal de Justiça, incidirá no cômputo para fixar a pena intermediária no mínimo legal, em 20 (vinte) anos de reclusão e no pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Terceira fase.

Na terceira fase, não se verificam causas de aumento ou de diminuição de pena. Dessarte, torna-se a pena definitiva em 20 (vinte) anos de reclusão e no pagamento de 10 (dez) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Do regime de execução.

Haja vista o quanto condenatório, há de ser mantido o regime fechado para início de cumprimento de pena.

Da substituição da pena privativa de liberdade.

Tendo em vista o quanto condenatório, inaplicável a Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Pena Restritiva de Direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Da suspensão condicional da pena.

Haja vista a quantidade de pena aplicada, incabível a Suspensão Condicional da Pena, a teor do art. 77, *caput*, do Código Penal.

Dispositivo.

Em razão do exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, dou parcial provimento aos recursos, a fim de concretizar as sanções, que ficam assim individualizadas:

a) a J.I.C. (primeiro apelante) pena de 24 (vinte e quatro) anos, 9 (nove) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e o pagamento de 12 (doze) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 157, § 3º, II, c/c art. 62, I, ambos do Código Penal;

b) a W.F. (segundo apelante) pena de 20 (vinte) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e o pagamento de 10 (dez) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 157, § 3º, II, c/c art. 65, III, *d*, ambos do Código Penal;

c) a E.S.T. (terceiro apelante) pena de 20 (vinte) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e o pagamento de 10 (dez) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 157, §3º, II, c/c art. 65, III, *d*, ambos do Código Penal;

d) a R.Q. (quarto apelante) pena de 24 (vinte e quatro) anos, 9 (nove) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e o pagamento de 12 (doze) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 157, § 3º, II, c/c art. 62, I, ambos do Código Penal;

e) a M.F.C. (quinto apelante) pena de 20 (vinte) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e o pagamento de 10 (dez) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salá-

rio-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 157, § 3º, II, c/c art. 65, III, *d*, ambos do Código Penal

Custas na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FRANKLIN HIGINO (REVISOR) E ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Apelação criminal - Lesão corporal no âmbito doméstico - Cárcere privado - Preliminares - Rejeição - Absolvição - Desclassificação - Impossibilidade - Desistência voluntária - Não configuração - Redução da pena-base - Decote da agravante prevista no Art. 61, II, f, do código penal - Inviabilidade - Atenuante da confissão espontânea - Reconhecimento - Concurso material de crimes - Manutenção - Decote da indenização por dano moral - Possibilidade - Custas - Isenção - Matéria afeta à execução penal

- Nada obsta que o juiz dê ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. Inteligência do art. 383 do Código de Processo Penal. Não se extraindo da oitiva da vítima qualquer pergunta formulada pelo Ministério Público que pudesse induzir a resposta, deve ser rejeitada a preliminar de nulidade por violação ao art. 212 do Código de Processo Penal. Comprovadas a materialidade e autoria dos crimes, bem como o elemento subjetivo dos tipos penais, ausentes causas excludentes de ilicitude ou de isenção de pena, não há como se acolher o pleito de absolvição. Restando devidamente comprovada a forma qualificada prevista no art. 148, § 2º, do Código Penal, o pleito desclassificatório deve ser afastado. Não que se há de falar em desistência voluntária se todos os atos de execução foram praticados e o crime se consumou. Existindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, correta a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Considerando que o delito de cárcere privado foi praticado no âmbito das relações domésticas, com violência contra mulher, deve ser mantida a incidência da agravante prevista no art. 61, II, *f*, do Código Penal. Tendo o apelante confessado, ainda que parcialmente, a autoria do crime de lesão corporal, inclusive em juízo, faz jus ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Não há como reconhecer a continuidade delitiva entre os delitos do art. 129, § 9º, e 148, § 2º, do Código Penal, pois não são crimes da mesma espécie e, inclusive, tutelam bem jurídicos distintos. Incabível a condenação ao pagamento de indenização por eventuais danos morais suportados pela vítima, quando inexistente nos autos instrução com as garantias do contraditório e da ampla defesa para sua fixação. É na fase da execução que a alegada miserabilidade jurídica do condenado deverá ser examinada, a fim de se conceder ou não a isenção de custas.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0079.21.002296-2/001 - Comarca de Contagem - Apelante: E.D.S.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª MARIA LUÍZA DE MARILAC

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2021 - *Maria Luíza de Marilac* - Relatora.

Voto

DES.ª MARIA LUÍZA DE MARILAC - O Ministério Público Estadual ofereceu denúncia em face de E.D.S.M. imputando-lhes a prática dos crimes previstos nos arts. 129, § 9º, 147 e 148, § 1º, I, todos do Código Penal, narrando que

> [...] no dia 20 de janeiro de 2021 ao dia 29 de janeiro de 2021, na Rua XXX XXXXXXXX, nº XX, NR XX (casa), bairro Novo Progresso, Contagem/MG, o denunciado, E.D.S.M., ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, prevalecendo-se de relações domésticas, privou de liberdade a vítima A.L.B.O.S., sua ex-companheira, mediante cárcere privado. Nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o denunciado, E.D.S.M., ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, prevalecendo-se de relações domésticas, ofendeu a integridade corporal da vítima, A.L.B.O.S., causando-lhe as lesões descritas no laudo pericial de f. 36/38, bem como a ameaçou, através de palavras, de causar-lhe mal injusto e grave. Consoante restou apurado, a vítima, no dia 20 de janeiro de 2021, foi até a casa do denunciado, a pedido deste, para tentarem uma reconciliação, mas ao chegar no local, o acusado ameaçou a espanca-la devido a uma suposta "traição". A ofendida foi agredida com tapas, murros, chutes e socos no queixo, que causou um corte, e também com uma mangueira de chuveiro, a qual ele dobrou e açoitou-a nas costas. Além disso, o agressor não permitiu que ela fosse embora, trancando-a no local do dia 20 de janeiro de 2021 até o dia 29 de janeiro de 2021, sendo que ele não a deixava sozinha e, quando o fazia, levava as chaves, impedindo-a de deixar o local. O acusado, durante todo este tempo, agrediu a vítima diariamente com socos e chutes, bem como cuspia em seu rosto. Inclusive, no dia 29 de janeiro de 2021, a vítima foi agredida, por volta das 3 horas, com chutes e murros na coxa esquerda, causando hematomas e inchaços, bem como lesões em sua boca, e durante a manhã do mesmo dia, o acusado desferiu golpes com cabo de vassoura contra a ofendida, lesionando a coxa e o joelho esquerdo. A ofendida também foi ameaçada, pois o acusado, em vários momentos, dizia que ela iria morrer por causa da suposta traição. Saliente-se que, no dia 29 de janeiro de 2021, a vítima conseguiu sair da casa, convencendo o denunciado de que precisava ir a uma consulta psicológica. Chegando na clínica, acionou a polícia militar e ligou para sua mãe, momento em que o acusado foi preso em flagrante.

A denúncia foi recebida em 26.02.2021 (f. 113).

Após instrução, foi proferida sentença (f. 200-210), declarando extinta a punibilidade de E.D.S.M. em relação ao crime do art. 147 do Código Penal, com fulcro nos arts. 103 e 107, IV, do Código Penal, e condenando-o pelo crime do art. 129, § 9º, na forma do art. 71, e art. 148, § 2º, na forma do art. 69, todos do Código Penal, às penas de quatro (04 - quatro) anos, dez (10 - dez) meses e vinte (20 - vinte) dias de reclusão, regime semiaberto.

A sentença foi publicada em 29.06.2021 (f. 210).

Inconformado, o réu interpôs, através de Defensor constituído (f. 123), o presente recurso de apelação, arguindo, em preliminar, a nulidade do processo, por cerceamento de defesa, posto que o Ministério Público aditou a denúncia em sede de memorais e não houve intimação da defesa para manifestar a respeito, bem como a nulidade da audiência de instrução e julgamento. No mérito, requer o reconhecimento de apenas dois crimes de lesão corporal; a absolvição em relação ao crime de cárcere privado ou a desclassificação para o crime do art. 148, § 1º, do Código Penal; o reconhecimento da desistência voluntária; a redução da pena; o reconhecimento da continuidade delitiva entre todos os crimes; o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; o afastamento da indenização e os benefícios da Justiça Gratuita (f. 228-252).

Contrarrazões do Ministério Público pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 259-267). No mesmo sentido, manifestou-se a d. Procuradoria-Geral de Justiça (f. 268-275).

O processo transcorreu nos termos do relatório da sentença, que ora adoto, e dela foi o réu foi intimado (f. 218).

Vistos e relatados, passo ao voto.

Conheço do recurso, pois previsto em lei, cabível, adequado e presente o interesse recursal, bem como foram obedecidas às formalidades devidas à sua admissibilidade e ao seu processamento.

Das preliminares.

Do cerceamento de defesa.

Alega a i. defesa, em preliminar, a ocorrência de cerceamento de defesa, ao fundamento de que o Ministério Público *"aditou a denúncia em sede de memorais [...] e não houve intimação da defesa para manifestar quanto ao aditamento"* (f. 230) e, ainda, que não foi permitido à defesa arrolar novas testemunhas após o aditamento.

Conforme se verifica da denúncia, o Ministério Público imputou ao réu a prática

> das infrações previstas no art. 129, § 9º, do Código Penal (em continuidade delitiva, art. 71, CP) e no art. 147 do Código Penal (em continuidade delitiva, art. 71, CP), na forma do art. 7º da Lei nº 11.340/06, observada a incidência da agravante prevista no art. 61, II, *f*, do CP, ambos os delitos por pelo menos nove vezes, e praticado o crime previsto no art. 148, § 1º, I, do Código Penal, na forma do art. 7º da Lei nº 11.340/06, observada a incidência da agravante prevista no art. 61, II, *f*, do CP, todos em concurso material externo (art. 69, CP).

Por ocasião das alegações finais, o Ministério Público apontou que *"Analisando a situação fática, imperiosa aplicação da qualificadora prevista no art. 148, § 2º, do Código Penal, valendo-se do instituto da emendatio libelli"* (f. 154-v.), pugnando pela condenação do réu pelo crime do

> art. 129, § 9º, do Código Penal, em continuidade delitiva, por oito vezes, incidindo a agravante prevista no art. 61, inciso II, *f,* do Código Penal, do art. 147 do Código Penal, em continuidade delitiva, por oito vezes, com incidência da agravante do art. 61, inciso II, alínea *f,* do Código Penal, e do art. 148, § 2º , do Código Penal, incidindo a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea *f*, do Código Penal, atentando-se para o concurso material externo entre todos os crimes praticados (f. 156).

Nota-se assim que, ao contrário do que alega a douta defesa, o Ministério Público não apresentou aditamento à denúncia, mas sim a aplicação do instituto da *emendatio libelli*, razão pela qual, não havia mesmo que ser observada a regra descrita no art. 384 do Código de Processo Penal, que se refere a *mutatio libelli*.

Já por ocasião da sentença (f. 202 e 207), a i. magistrada primeva consignou:

> [...] Em relação a suposta inobservância à *emendatio libelli* também não assiste razão à defesa. Como é cediço, o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação dada a eles pelo titular da ação penal. Assim, após o juiz dar definição jurídica diversa, não é necessário oportunizar vista à defesa para se manifestar sobre a modificação da classificação jurídica do fato. Por isso, ainda que em razão da nova definição jurídica resulte pena mais grave, não haverá qualquer prejuízo à defesa que manifesta-se sobre os fatos narrados e não sobre a capitulação dada na exordial acusatória.
>
> [...]
>
> Em relação à imputação relativa ao cometimento do crime previsto no art. 148, § 2º, do Código Penal, inicialmente, cabe destacar que não restou claro que o réu e a vítima possuíam uma união estável, apenas que esses tinham uma relação amorosa, de modo que tendo em vista a descrição do fato contido na denúncia atribuo definição jurídica diversa daquela apresentada pelo parquet. De acordo com o art. 383, do Código de Processo Penal, pode o juiz, considerando os fatos descritos na denúncia, dar a eles definição jurídica diversa. No caso, está evidente que a conduta descrita na exordial acusatória amolda-se ao art. 148, § 2º, do Código Penal, e não no art. 148, § 1º, inciso I, do Código Penal.

A despeito das ponderações da defesa, tenho que a i. juíza primeva agiu com técnica jurídica, aplicando corretamente o instituto da *emendatio libelli*, conduta que, a despeito das ponderações do i. advogado, não exige prévia abertura de vista à defesa.

Na realidade, a douta juíza *a quo* não partiu de fato distinto daquele contido na denúncia. Pelo contrário, deu ao fato contido na denúncia - cárcere privado - a classificação jurídica que entendeu

correta, não deixando, em momento algum, de atentar para a narrativa da denúncia, configurando, assim, *emendatio libelli*.

Com efeito, a defesa não é feita em relação à definição jurídica, mas sim quanto aos fatos. Por outro lado, não cabe àquele que acusa, quer se trate do representante do Ministério Público ou do querelante, dizer, definitivamente, em que dispositivo legal o réu incidiu, uma vez que isso consiste em julgamento e, consequentemente, só pode ser feito por aquele que tem competência para julgar, o juiz.

No caso sob exame, ao promover a *emendatio libelli*, repita-se, a magistrada de origem não modificou o fato descrito na peça acusatória, razão pela qual não há que se falar em nulidade por cerceamento de defesa.

Assim, rejeito a preliminar.

Violação ao art. 212 do Código de Processo Penal

Argui a i. defesa a nulidade da audiência de instrução e julgamento por inobservância do disposto no art. 212 do Código de Processo Penal, apontando que "o representante do Ministério Público fazia perguntas que induziam a vítima a acusar o apelante" (f. 232).

O art. 212 do Código de Processo Penal disciplina que:

> Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).
>
> Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Não obstante a defesa, por ocasião da audiência de instrução, tenha se insurgido quanto a uma das perguntas feitas pelo Promotor de Justiça à vítima, registrando seu protesto (mídia de f. 148 e do termo de audiência de f. 147, Analisando o conteúdo integral da audiência, não vislumbrei nas perguntas do Promotor de Justiça qualquer induzimento à resposta, tendo ele apenas feito perguntas à vítima sobre o constrangimento por ela relatado, em especial se sentiu psicologicamente coagida a manter relação sexual com o réu, o que, a meu ver, não pode ser interpretado como induzimento a respostas.

Aliás, desde a fase inquisitiva, A.L. já havia dito que *"teve relação sexual com ele durante o tempo, mas afirma que consentiu na relação com medo de apanhar"* (f. 07-v.) não se tratando, portanto, de qualquer surpresa para a defesa a indagação formulada pelo Promotor de Justiça.

Destarte, rejeito a preliminar e passo ao exame do mérito.

A materialidade delitiva está demostrada pelo laudo de lesão corporal (f. 36-38), em consonância com o auto de prisão em flagrante (f. 02-08) e boletim de ocorrência (f. 10-12).

A autoria também restou devidamente comprovada nos autos.

Na fase inquisitiva (f. 08), E. se reservou o direito de permanecer calado.

> Em juízo (mídia de f. 148), alegou que A.L. foi para a casa do interrogando no dia 20 de janeiro; que combinaram antes, por telefone, dela ir até lá; que o combinado foi dela ir para passar o resto das férias com o interrogando; que as férias durariam até o dia 29 de janeiro, voltando a trabalhar no dia 01; que A.L. levou roupas, bermuda, blusa e toalha para passar esses dias e também havia roupas dela na casa; que tinha uma quantidade de vinte peças mais ou menos de roupas de A.L.; que no dia em que A.L. chegou na casa do interrogando estava tudo bem, sem brigas; que a primeira discussão foi dois dias depois, não se recordando com precisão; que antes disso A.L. não manifestou interesse de ir embora; que pegou o telefone de A.L. e viu conversas dela com outro cara; que A.L. disse que estava ficando com outro homem; que costumava pegar o telefone de A.L. e ela também tinha a senha do celular do interrogando; que restaurou o *backup* e as conversas apareceram; que não chegou a pedir pra fazer o *backup*; que em razão das conversas tiveram briga verbal, sem agressão física; que na sequência fizeram as pazes e ficaram de boa; que a primeira briga aconteceu porque alguém chamou A.L. no WhatsApp dizendo que queria vê-la novamente; que depois da primeira briga, todos os dias teve briga, depois ficava tranquilo; que o acordo era que A.L. queria voltar a morar com o interrogando; que A.L. não foi buscar o resto das coisas porque o interrogando descobriu as traições; que A.L. pedia perdão e que era para esperar até o interrogando voltar a trabalhar; que no local não pode ter muita gritaria porque a dona do imóvel mora em cima; que depois da primeira briga, discutiram mais duas vezes, sem agressão física; que só teve agressão física na primeira e na última briga; que teve agressão física porque A.L. partiu para cima do interrogando; que deu murro na coxa de A.L.; que na última vez deu murro e tapas nas costas e braços; que não usou cabo de vassoura, colher de pau para agredir a vítima; que usou a mangueira do banheiro para agredir a vítima; que nunca disse que mataria a mãe e o irmão da vítima; que agrediu a vítima duas vezes, na primeira e na última briga; que a última briga aconteceu no dia 29; que A.L. quis ficar na casa do interrogando; que falou várias vezes para A.L. ir embora e ela não quis; que não chamou a polícia para A.L. ir embora porque achou que podiam dar certo; que mandava ela embora da boca para fora, porque tinha interesse em continuar com o relacionamento; que saía para ir ao CEASA trabalhar e deixava A.L. com a chave; que A.L. ficava o dia todo conversando com a mãe dela; que trabalhava no CEASA de "bico" durante as férias, ganhando de R$80,00 (oitenta reais) a R$100,00 (cem reais), fazendo várias descargas de mercadorias; que não tem como A.L. ficar trancada no banheiro porque a porta é de cortina; que não recebeu amigos em casa nesse período; que nunca tinha agredido A.L. anteriormente, mas já discutiram anteriormente; que A.L. ficou assustada, mas mesmo assim quis continuar lá; que A.L. mantinha contato com a mãe dela por WhatsApp e por chamada de vídeo; que A.L. também conversava com a avó do interrogando; que A.L. ficou com o telefone dela o tempo todo ou conversando com a mãe dela ou jogando; que saía de casa 5h30 para trabalhar e A.L. ficava com a chave; que a proprietária do imóvel mora no andar de

> cima e do lado da casa moram as irmãs da proprietária; que o imóvel é "parede e meia" e tem a porta para a rua; que quem está na rua vê com facilidade quem está na casa porque a cozinha tem porta de vidro para a rua; que entre a casa do interrogando e o acesso à rua não tinha muro; que tem janela virada para o lado da rua, a do banheiro e a do quarto; que a rua é bem movimentada; que deixava dinheiro para A.L. ir à padaria comprar as coisas; que não ameaçou A.L. para manterem relação sexual; que namorou com A.L. há mais tempo, terminaram e depois voltaram; que estão há cinco anos juntos; que não escondeu a chave de A.L.; que saía primeiro e deixava a chave para ela comprar pão ou mistura para fazer no jantar; que a primeira vez que agrediu a vítima foi durante o dia; que depois dessa primeira agressão, chegaram a um consenso e a vítima disse que iria fazer diferente e era para o interrogando mudar também; que viu a polícia chegando à clínica, mas não tentou fugir; que já tinha visto a mãe e o tio da vítima na clínica; que não tentou contato com a vítima na clínica, ficando do lado de fora da clínica; que no último dia as agressões aconteceram de manhã e depois foram para a clínica; que nunca proibiu a vítima de sair ou manter contato com alguém; que se a vítima quisesse ir embora teria conseguido porque ficava com a chave na parte da manhã; que a vítima teria tempo para chamar a polícia porque ficava jogando no celular dela; que tem um ano e quatro meses que trabalha de carteira assinada.

Entretanto, a versão do réu foi afastada pelo restante do conjunto probatório.

A vítima A.L.B.O.S., na fase extrajudicial (f. 07), esclareceu inicialmente que

> [...] viveu com E. [...] por aproximadamente dois anos e meio, dizendo que primeiramente moraram na casa de sua mãe e depois alugaram uma casa em julho de 2019 e se mudaram; que já na casa de sua mãe era agredida, mas com menos violência e menos frequência; que na nova residência, as agressões se tornaram mais frequentes, inclusive ele chegou a usar chinelo e cabo de vassoura nas agressões; que cansa de se ver agredida, em agosto do ano passado, tomou coragem e fugiu, relatando que não chegou a levar nada, apenas a roupa do corpo; que voltou a morar com sua mãe e começou a fazer tratamento psicológico e psiquiátrico principalmente pelo relacionamento abusivo que viveu com E., dizendo que sentia perseguida; que E. [...] sempre a procurava, tentando uma nova reconciliação, mas sempre o evitou [...] no começo deste ano, E. a convenceu a encontra-lo em uma praça em frente a Prefeitura de Contagem; que conversou com E. e ele a convenceu a ir para casa dele, mas diz que nesse dia ele só a agrediu com um tapa no rosto; que então começaram a ter contato via telefone e no dia 20 de janeiro de ele novamente a convenceu a ir na residência dele para tentarem uma reconciliação; que aceitou a proposta, mas ao chegar na residência, ele começou a espanca-la, e disse que sabia que ela já estava se relacionando com outros homens; que E. também pegou seu telefone e começou a conversar com dois homens que a declarante teve relacionamento e começou a mandar mensagens de passando por ela; que E. não deixou que ela fosse embora e continuou a agredi-la fisicamente todos os dias; que durante as agressões, E. a mandava embora, mas ao mesmo tempo escondia a chave da residência; que relata que E. está de férias de trabalho e quase nunca a deixava sozinha e nas poucas vezes que ele saiu por poucos minutos, ele a trancava em casa; que a todo tempo E. ameaçava matar sua mãe e dizia que ele iria morrer por causa da traição; que

diz que teve a oportunidade de ligar para a polícia no momento em que estava sozinha, mas como estava abalada emocionalmente e psicologicamente, tinha muito medo dele, motivo pelo qual não teve coragem de denuncia-lo; que sua mãe chegou a ligar, mas como E. estava do seu lado, não contou para ela o que estava ocorrendo; que hoje, a declarante durante a madrugada foi agredida com socos, chutes e pontapés e já de manhã ele desferiu vários golpes com um cabo de vassoura em sua coxa e no seu joelho esquerdo; que depois das agressões, já por volta das 09 horas, disse para E. que tinha psicólogo marcado na data de hoje e o convenceu a leva-la a clínica Fisioclin; que nessa clínica tomou coragem e ligou para sua genitora e informou sobre as agressões sofridas; que funcionários da própria clínica acionaram a Polícia Militar; que a declarante está muito debilitada fisicamente devido as agressões e quase não consegue andar; que E. lhe privou de comer, mas durante o tempo em que ficou trancada, além das agressões, sofreu várias ameaças; que teve relação sexual com ele durante esse tempo, mas afirma que consentiu na relação com medo de apanhar [...]

Sob o crivo do contraditório (mídia de f. 148), a ofendida afirmou que teve um relacionamento amoroso com E. por dois anos e meio; que durante o período da denúncia foi agredida com tapas, socos, pontapés, cabo de vassoura, colher de pau e uma mangueira de banheiro; que a ida até a casa de E. foi de livre e espontânea vontade porque, E. estava com a intenção de reconciliar e a informante também precisava pegar suas coisas que estavam lá; que no dia 20 não foi agredida, mas sim a partir do dia 21; que não tentou ir embora porque toda vez E. a agredia mais; que E. falava para a informante ir embora, mas escondia a chave e toda vez que tentava algo sobre ir embora ou falava sobre isso E. a agredia mais; que estavam só conversando até então e acabou dormindo lá porque quis; que no dia 21 começaram as agressões; que a partir do dia 21 tentou achar a chave, mas não conseguiu; que tinha medo de pedir para ir embora, porque quando E. a agredia mais e escondia a chave; que do dia 21 ao dia 29 foi agredida todos os dias; que E. ameaçava matar a mãe e o irmão da informante; que falava que precisava ir e ele negava e falava que era para dar uma desculpa para a mãe da informante; que não tentou abrir a porta porque não achava a chave; que durante todos os dias dormiam juntos na mesma cama e tiveram relações sexuais consentidas; que preferia manter a relação sexual do que ser agredida; que se sentia psicologicamente coagida; que as relações sexuais aconteceram mais de uma vez, não sabendo precisar os dias. Reiterou que foi convidada a ir à casa de E. e foi de livre e espontânea vontade, tendo ele chamado um Uber para a informante; que a intenção da informante era recuperar as coisas da informante que estavam na casa de E.; que levou uma mochila para a casa de E., contendo roupas para passar um dia; que contou para a sua mãe que estava indo para a casa de E.; que tem aparelho celular e o usou durante todos os dias que estava na casa de E., mantendo contato com sua mãe; que E. ficava sempre ao lado para ouvir e ver o que estava fazendo; que E. pegou o celular e conversou com outras pessoas se fazendo passar pela informante; que já tinha ficado na casa de E. por mais tempo; que a casa fica em imóvel na parte de baixo, onde E. mora e tem o imóvel na parte de cima, onde mora o proprietário; que a entrada não é comum para os dois imóveis; que o imóvel é na beira da rua; que o imóvel é pequeno, sendo dois cômodos e um banheiro; que quem está no imóvel de cima não consegue ter acesso ao imóvel de baixo; que existem duas janelas para a rua e elas ficaram fechadas o tempo todo; que nesse período E. estava de férias, mas chegou a sair para ir ao supermercado; que não sabe se E.

tem outro emprego além do que estava de férias; que não foi agredida no primeiro dia e no segundo dia a partir da tarde E. começou a bater na informante; que conversavam, mas E. ficava sempre ameaçando a mãe da informante; que no segundo dia, após a primeira agressão, conversaram sobre o relacionamento e E. falou que não podia mais ficar com a informante porque ela tinha feito era uma vergonha e que a mãe da informante iria morrer porque a informante tinha se relacionado com outras pessoas; que pediu para E., por favor, que preferia manter ele perto do que ele fazer algo com a mãe da informante; que teve contato com sua mãe por volta do quinto dia; que E. estava do lado vigiando as respostas e a coagiu a responder que estava tudo bem; que no terceiro dia, E. pedia a informante para ir embora, mas escondia a chave e a agredia; que nesse dia a informante pediu E. para ir ao psicólogo; que do terceiro dia ao último dia ele continuava batendo na informante e ficavam conversando sobre uma possível volta do namoro; que não queria reatar, mas E. ficava ameaçando a mãe da informante; que do terceiro dia ao nono dia ele falava que estava batendo na informante porque ela tinha tido relacionamento com outras pessoas enquanto estavam separados; que não sabe especificar quais as lesões causadas em cada dia; que no primeiro dia foi agredida com a mangueira do chuveiro, depois foi tapas, socos e pontapés diariamente e no último dia foi agredida com o cabo de vassoura e a colher de pau; que no último dia conseguiu convencer E. que precisa ir ao psicólogo para pegar uns documentos e ele levou a informante até lá; que G. é tio da informante e ele já acompanhou a informante em outra casa para buscar seus pertences; que nessa casa onde E. estava morando G. não acompanhou a informante; que iriam morar juntos nessa casa, mas acabaram terminando e as coisas da informante ficaram lá; que os policiais orientaram como seria o procedimento de queixa, mas não orientaram quando o que deveria ou não ser dito; que durante esses nove dias não viu ninguém, mas dois amigos frequentaram a casa de E. e nesse momento ele trancava a informante no banheiro; que E. não disse que iria matar a informante, mas apenas sua mãe e seu irmão.

Como se sabe, a versão da vítima somente pode ser desprezada se houver provas ou indícios nos autos de que não falou a verdade. A ausência desses indícios, procurados no confronto de suas declarações com as demais provas produzidas, determina que se acolha a sua versão em detrimento à negativa do apelante, pois, ela não tem nenhum motivo para incriminá-lo falsamente, ao passo que ele, sim, tem motivos para mentir.

Tal raciocínio tem maior validade no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher, uma vez que tais condutas são, geralmente, praticadas na clandestinidade, não havendo testemunhas do fato e, pensar de maneira diversa, acabaria por esvaziar o sentido da Lei nº 11.343/06.

No caso em análise, a palavra da vítima encontra amparo no restante do conjunto probatório.

A.C.V., policial militar, a despeito de não ter presenciado os fatos, confirmou, na fase inquisitiva (f. 02), o firme relato da ofendida, afirmando que foram acionados para comparecer à clínica Fisioclin *"para atender ocorrência de agressão"* e, chegando ao local, *"G. [...] e A. [...] parentes da vítima, relataram que a vítima A.L. [...] havia chegado na Fisioclin e realizado uma ligação telefônica, solicitando que a mãe dela comparecesse a clínica e a ajudasse, uma vez que ela encontrava-se muito machucada,*

pois havia sido agredida pelo companheiro de nome E. [...], o qual se encontrava do lado de fora da clínica [...]".

Afirmou, ainda, que

> [...] A.L. [...] relatou tem um relacionamento com o autor E. [...] há três anos, entre idas e vindas e que durante todo o período em que estão juntos vive um relacionamento abusivo, já que ele sempre a agride fisicamente, verbalmente, moralmente e psicologicamente; que A.L. chegou a terminar algumas vezes o relacionamento, mas que todas as vezes ele a procurava, alegando que não lhe agrediria mais, e que iria mudar, todavia, depois ele retornava com as agressões físicas e verbais; que por fim, de acordo com a vítima A.L., ela decidiu romper o relacionamento com E. [...] em agosto do ano passado, contudo, na data de 20 de janeiro deste ano, E. [...] pediu a ela que fosse na casa dele [...] par que eles conversassem e durante a conversa, em dado momento E. [...] pegou o aparelho de telefone celular dela e ao ver mensagens que ela havia trocado com outros homens, começou a agredi-la com tapas e murros, chutes, socos no queixo, causando um corte, e também com a mangueira do chuveirinho, a qual ele dobrou, e começou a açoita-la nas costas, como um chicote, causando-lhe fortes hematomas nas costas; que A.L. relatou ainda que pediu ao ex-companheiro para que ele parasse, mas ele, covardemente, continuou as agressões; que E. [...] depois dessa agressão começou a ameaça-la dizendo que mataria a mãe dela e o irmão, porque ela o havia traído; que ainda segundo a vítima, desde a data do dia 20 de janeiro de 2021 até a data de hoje, E. [...] a agride todos os dias com socos, chutes, cusparada no rosto e na data de hoje, por volta das 3 horas da madrugada, ele novamente a agrediu com chutes e murros na coxa esquerda, causando forte hematomas e inchaços e lesões na boca e já na manhã de hoje, ele continuou a agredi-la, mas dessa vez com um cabo de vassoura, causando lesões na coxa e no joelho esquerdo; que A.L. afirmou ainda que durante todo esse período, E. [...] mandava que ela fosse embora da casa dele, mas ao mesmo tempo escondia as chaves para que ela não saísse, bem como ficava sempre perto dela para que ela não conseguisse pedir ajuda a familiares e nem acionasse a polícia; que A.L. somente conseguiu sair da casa de E. [...] na data de hoje, quando o convenceu a deixa-la sair para uma consulta psiquiátrica na clínica Fisioclin; que nessa clínica é que A.L. conseguiu ligar para a mãe pedira ajuda [...].

Afirmou, ainda, que *"[...] E. [...] foi abordado e preso em frente a Fisioclin e deu sua versão sobre os fatos [...] mas confirmou as agressões e disse que elas começaram depois que ele descobriu que ela o estava traindo [...]".*

Em juízo (mídia de f. 148), afirmou que conversou com a vítima e com o réu; que a vítima relatou que tinha tido relacionamento com É. e que estava na casa dele e ele o agrediu diversas vezes e não a deixava sair de casa; que ela falou para o réu que tinha uma consulta psiquiátrica e ele a acompanhou até a clínica de onde ela ligou para a mãe; que a vítima estava muita machucada com hematomas; que o réu disse que ele e a vítima estavam juntos e ela não saía de casa porque não queria; que o réu confirmou que tinha agredido a vítima; que a vítima estava bem debilitada fisicamente, assustada, mas não verificou nada de anormal no estado de ânimo dela; que o réu estava sentado

em frente a clínica e percebeu a chegada da viatura; que o réu não tentou fugir; que tinha parentes da vítima na clínica; que não conhecia o réu e a vítima anteriormente.

No mesmo sentido o depoimento de F.S.V. (f. 05) que, em juízo (mídia de f. 148), declarou que conversou com a vítima, tendo ela relatado que teve um relacionamento de aproximadamente três anos com o réu e durante esse tempo sempre foi castigada com diversas agressões; que a vítima estava bastante machucada; que as lesões eram aparentes, com manchas roxas no corpo e face; que a vítima disse que o réu a açoitou nas costas com a mangueira do chuveiro; que quando chegou à clínica, estavam a vítima, a mãe e o padrasto; que o réu estava no local, aguardando a vítima em frente à clínica; que o réu alegou que teve um relacionamento com a vítima, confirmou as agressões alegando que ela o teria traído com outros homens e então ele ficou nervoso e acabou agredindo-a; que no momento da abordagem a vítima estava com medo do réu, apreensiva, mancava e se queixava de dores no corpo.

A.S.O.S., genitora da vítima, informou, na fase inquisitiva (f. 33-34), que

> [...] A. e E. tiveram relacionamento por 2 (dois) anos e meio; que A. não contava para a depoente muitos fatos sobre seu relacionamento, mas ela suspeitava que não estava tudo bem; que a depoente disse que já viu hematomas em A. e quando perguntava o que havia acontecido, a filha dizia que tinha caído e desconversava; que há cerca de 1 (um) ano, A. começou a contar sobre as brigas com E. para a depoente, mas ela ainda frequentava a casa dele; que em agosto de 2020, A.L. passou a morar na casa da depoente de forma definitiva; que a depoente nunca presenciou agressões físicas de E. em relação a A.L.; que na data dos fatos, A. estava na casa do E. há 10 (dez) dias e sempre que a depoente perguntava como ela estava, A. dizia que estava bem; que no dia 29.01.2021, a depoente recebeu uma mensagem de A. com fotos de lesões em seu corpo; que A. estava na clínica onde faz acompanhamento psicológico; que a depoente ligou para A., que pediu que ela fosse até o local, pois E. estava aguardando do lado de fora; que A. não queria ir para casa de E. novamente; que ao chegar na clínica, a depoente viu que E. estava esperando por A.L. [...].

Em juízo (mídia de f. 148), informou que acompanhou o relacionamento da vítima e E. desde o início e eles chegaram a morar juntos na casa informante; que no início não notaram nada de anormal, mas com o passar do tempo percebia que A.L. aparecia com hematomas no corpo; que perguntava a origem dos hematomas e A.L. dizia que tinha batido em algum lugar; que nunca presenciou briga entre o casal; que quando A.L. foi morar com E. em julho de 2019, ela aparecia com os roxões e ela negava; que com o passar do tempo ela começou a contar que tinha sido agredida; que no dia 20 de janeiro, A.L. disse que estava indo à casa de E. para resolverem algumas coisas; que A.L. foi dizendo que voltaria no mesmo dia; que durante o tempo que A.L. esteve lá, chegou a conversar com ela pelo WhatsApp e telefone, perguntando se estava tudo bem e quando ela voltaria; que A.L. respondeu que voltaria até a sexta-feira seguinte; que A.L. dizia que estava tudo bem, mas notou a voz dela estranha; que como ela disse que voltaria na sexta-feira, a informante não acionou a polícia; que toda sexta-feira A.L. tinha consulta marcada na clínica; que na sexta-feira ela conseguiu ir até a clínica e ela chamou a informante no WhatsApp, pedindo que fosse até lá

acompanhada de um homem ou policial porque o réu estava aguardando do lado de fora; que A.L. mandou as fotos dos machucados, com boca cortada, joelho inchado; que A.L. falou que E. ameaçou a informante e os filhos, não ameaçando A.L.; que não sabe precisar o dia do primeiro contato com A.L. na casa de E., mas foi logo no primeiro ou segundo dia; que fez contato com ela pelo WhatsApp e não sentindo muito segurança, chegou a ligar; que não chegou a fazer chamada de vídeo porque A.L. não atende; que não sabe precisar quantas vezes conversou com A.L. enquanto ela esteve na casa de E., mas no mínimo umas cinco vezes, ou por telefone ou por mensagem; que logo que conversou com A.L. [perguntou] a ela se voltaria para casa e ela respondeu, não sei; que então insistiu e ela respondeu até na sexta-feira eu vou estar aí; que nessas mensagens que chegou a mandar para A.L., várias vezes ela não respondia de imediato e então a informante insistia; que também durante as ligações não tinha resposta imediata e precisava insistir; que a sexta-feira mencionada por A.L. foi o dia que ela ligou da clínica para a informante busca-la; que A.L. levou mochila com celular; que as roupas dela tinham ficado na casa que ela morava com E., ficou tudo para trás, tendo saído só com a roupa do corpo; que E. trabalhava de bicos e depois arrumou um emprego; que E. nunca ameaçou a informante diretamente e nem os filhos; que A.L. estava saindo de casa e quando a informante perguntou onde ela estava indo, ela respondeu que estava indo até a casa de E. para resolver coisas que estavam pendentes e que não podia ficar adiando. Afirmou, ainda, que todos tinham medo de E. porque na frente das pessoas ele era mais tranquilo, mas sabiam das ameaças e agressões com A.L.; que foi até a clínica acompanhada de seu cunhado; que E. estava do lado de fora da clínica aguardando a vítima; que E. viu a informante chegando; que ele ficou aguardando a vítima e mandando mensagem; que E. não conversou com a informante na clínica porque já não conversavam há um bom tempo.

G.C.C., tio da vítima, informou, na fase inquisitiva (f. 29), que

> "[...] na data dos fatos, A., mãe de A.L., chamou o depoente para ir até a clínica onde A. estava para busca-la; [...] que ao chegar na porta da clínica viu que E. estava sentado na porta, mas não conversou com ele; que a polícia já havia sido acionada [...]; que A. estava com hematomas nas pernas e com o joelho esquerdo inchado, em razão de chutes de E. e de agressões com cabo de vassoura; que os braços de A. estavam com hematomas e a boca e o queixo estavam cortados; que A. estava com marcas nas costas em razão das agressões com a mangueira do chuveiro [...]".

Diante desse conjunto probatório não há como se acolher o pleito de absolvição em relação ao crime de sequestro e cárcere privado.

Conforme visto linhas acima restou devidamente comprovado nos autos que A.L. teve a liberdade privada, mediante cárcere privado, pois foi coagida por E., mediante violência e grave ameaça, a permanecer no interior da residência por vários dias, sendo certo que o dolo do réu, de privar a vítima de liberdade, restou claro nos autos, pois escondia a chave do imóvel, não permitindo que ela deixasse o local.

A versão do apelante de que as chaves do imóvel ficavam na posse de A.L. não encontra guarida nos autos, pois, *data venia*, se assim o fosse, a vítima não teria permanecido no local onde estava sendo agredida pelo apelante por vários dias.

Também a alegação da defesa (f. 241-242) de que a vítima estava na posse do celular, tendo inclusive mantido contato com sua genitora não é suficiente para afastar a tipicidade da conduta do apelante, pois, a prova dos autos é no sentido de que E. vigiava as conversas travadas pela vítima, impedindo que ela contasse a verdade do que estava acontecendo à sua genitora. Inclusive, a mãe da ofendida afirmou, em juízo, que em várias oportunidades era preciso insistir para que A.L. a respondesse, reforçando a versão da vítima de que não podia falar abertamente ao celular.

Assim, a meu ver, as circunstâncias do caso em análise indicam que, embora a vítima não tenha sido totalmente privada de acesso ao aparelho celular, não tinha condições psicológicas de acionar seus familiares ou a polícia militar, pois era constantemente vigiada por E., somente podendo falar ou mandar mensagens com a aprovação dele.

A reforçar tal conclusão, o fato de que E. confessou, em juízo, que chegou a realizar *backup* do aparelho celular da ofendida, o que reforça a conclusão de que estava no domínio do telefone, não possibilitando o total e livre acesso de A.L. ao aparelho, como sustenta a i. defesa.

Igualmente, a circunstância de haver moradores no imóvel de cima da residência e da casa ter fácil acesso à rua não desmerece a versão da vítima, pois, estando ela totalmente fragilizada pela situação de violência, não se mostra razoável exigir que tomasse providência de pedir ajuda, principalmente porque, ao que se extrai do conjunto probatório, estava com medo de E. e, repita-se, bastante fragilizada física e moralmente.

Também o fato de a vítima ter afirmado a sua genitora que iria embora no dia 29.01.2021, data que efetivamente conseguiu se livrar do cárcere privado, não presta para demonstrar que ela permaneceu na casa do apelante até o momento em que desejou. É que, ao contrário do que afirma a defesa (f. 243), a previsão dada pela vítima a sua mãe se mostra mais como uma artimanha do réu para que a mãe de A.L. não ficasse insistindo nas ligações, sendo que o fato de a vítima dizer que voltaria na sexta-feira se mostrava razoável, pois era o dia que tinha consulta psicológica agendada.

Consigno, ainda, que a versão de E. de que saía para trabalhar e deixava a chave à disposição de A.L. não restou amparada em qualquer elemento de prova, sendo certo que, embora tenha sua defesa patrocinada por defensor constituído, sequer cuidou de arrolar qualquer testemunha que o tenha visto fazendo "bicos" no CEASA no período mencionado na denúncia.

Do mesmo modo, a despeito das ponderações defensivas, a forma qualificada prevista no art. 148, § 2º, do Código Penal - *"Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral"* - também restou comprovada.

Sobre o tema, Victor Eduardo Rios Gonçalves ensina que

> Essa qualificadora se aplica, por exemplo, quando a vítima fica detida em local frio, excessivamente úmido, muito quente, na companhia de ratos ou baratas, quando é exposta à falta de alimentação ou é mantida por muito tempo sem luz solar, etc. Também é aplicável se a vítima for espancada pelos sequestradores, exceto se ela sofrer lesão grave ou morrer, hipóteses em que se aplicarão as penas dos crimes autônomos de lesões corporais graves ou homicídio, em concurso material com sequestro simples ou com alguma das qualificadoras do § 1º (RIOS GONÇALVES, Victor Eduardo. Direito penal esquematizado: parte especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 319).

Do mesmo modo, Guilherme de Souza Nucci afirma que

> Assim, o agente que priva a liberdade de outrem e, além disso, submete a vítima a maus-tratos (ex.: espancando-a ou ameaçando-a constantemente, enquanto sua liberdade está tolhida) ou coloca-a em lugar imundo e infecto, causando-lhe, além da conta, particularizado sofrimento físico ou moral, deve responder mais gravemente (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 522).

No caso em análise, o conjunto probatório demonstra que A.L. foi agredida durante todo o período do cárcere privado, sofrendo lesões físicas consideráveis, consistindo em um verdadeiro "espancamento", inclusive apresentava lesões aparentes relevantes que foram descritas pelos policiais militares.

Além da prova oral, consta do laudo de f. 36-38 que A.L. apresentava múltiplas escoriações:

> escoriação associada a equimose esverdeada, em região bucinadora direita, no ramo direito da mandíbula; equimose azulada na região zigomática direita; equimose azulada na região malar esquerda; escoriação em região carotideana esquerda; escoriação em região deltoide A. direita; equimose esverdeada em toda região torácica anterior, bilateralmente e na região estemal; bossa em região torácica esquerda; equimose avermelhada na região escapular esquerda; escoriações em hipocôndrio e flanco esquerdo; equimose avermelhada na região escapular esquerda; escoriações em hipocôndrio e flanco esquerdo; equimose avermelhada em face medial do terço médio do braço direito; equimose avermelhada na face lateral dos terços superior e médio do braço direito; equimose azulada na face lateral dos terços superior e médio da coxa direita; escoriações na face medial do terço superior da coxa direita; escoriações na face anterior do joelho direito; equimose azulada na face anterior e lateral dos terços superior e médio da coxa esquerda; vibice na face anterior do terço médio da coxa esquerda; equimose azulada na face lateral dos terços superior e médio da perna esquerda; equimose azulada na região medial do terço superior de ambas as coxas; escoriações na face dorsal da mão direita; equimose avermelhada na face dorsal da mão esquerda, região tenar; múltiplas escoriações arqueadas no dorso, na região escapular esquerda, infra escapular esquerda, escapular direita e lombares [...]

apontando, ainda, que a vítima tinha "compleição física franzina", não havendo, portanto, dúvidas de que ela foi submetida a maus-tratos que resultaram em grave sofrimento físico.

Assim, as alegações da defesa (f. 239-240) de que não foi realizado laudo psicológico para comprovar o "grave sofrimento moral" previsto no art. 148, § 2º, do Código Penal não se prestam para alterar a capitulação fática, pois, o "grave sofrimento físico" restou devidamente comprovado.

Ademais, como observado pelo Ministério Público em contrarrazões (f. 264), é *"inconteste que uma pessoa que fica cerca de 10 (dez) dias sendo agredida fisicamente de todas as formas, inclusive sendo açoitada, e sendo coagida e ameaçada, passa uma experiência tenebrosa e violadora dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana."*, configurando também grave sofrimento moral.

Melhor sorte não socorre à douta defesa quanto ao pleito de reconhecimento da desistência voluntária, ao fundamento, em síntese, de que *"o apelante voluntariamente saiu com a vítima de sua residência e a levou a uma clínica médica a pedido desta"* (f. 245).

Realmente restou comprovado que após vários dias de cárcere privado, com grave sofrimento físico, A.L. convenceu E. a levá-la até a clínica psicológica onde fazia tratamento. Entretanto, tal fato não configura a "desistência voluntária" pretendida pela defesa.

Na data em que E. levou a vítima até a clínica, o crime de cárcere privado já havia se consumado, uma vez que A.L. já estava privada de sua liberdade por tempo juridicamente relevante, estando trancada na residência do apelante por período de tempo razoável.

Ademais, na figura prevista no art. 15 do Código Penal, o agente, embora tenha iniciado a execução, não a leva adiante, interrompendo a execução por vontade própria. Assim sendo, para que ocorra hipótese aventada pela douta defesa, a desistência deve ser voluntária.

No caso em análise, não houve desistência por parte de E. que inclusive estava aguardando A.L. na porta da clínica para leva-la de volta à casa dele. O que ocorreu, na verdade, é que a ofendida, sentindo-se acolhida na clínica, tomou coragem de noticiar os fatos, cessando com o cárcere.

Diante desse contexto fático, também não há como se acolher a tese da desistência voluntária, visto inexistirem elementos que demonstrem que o apelante efetivamente desistiu da ação, inclusive o crime já havia se consumado.

Em relação ao crime do art. 129, § 9º, do Código Penal, a condenação também não pode ser afastada, pois, o próprio apelante confessou que agrediu a vítima, causando-lhe lesões.

A questão controversa é sobre o reconhecimento da continuidade delitiva, aduzindo a i. defesa que as agressões físicas ocorreram em apenas duas oportunidades e não durante todo o tempo em que a vítima esteve na casa do apelante.

Razão não lhe assiste.

É certo que E. alegou ter agredido a vítima em apenas dois dias. Entretanto, sua versão, como já delineado linhas acima, não pode ser acolhida em detrimento ao firme e coerente relato da vítima A.L. que, repita-se, confirmou que apenas não foi agredida no dia 20.01.2021, tendo sido fisicamente violentada em todos os outros dias em que permaneceu na casa do apelante, inclusive no dia 29.01.2021.

Ao contrário do que alega a i. defesa (f. 235-237), o fato de a vítima não ter conseguido esclarecer, em juízo, a data em que cada lesão foi causada não é suficiente para afastar a continuidade delitiva.

"Data venia", exigir que alguém que está privada de liberdade, sofrendo ameaças e agressões diárias, se recorde, com precisão, a data exata em que cada violência foi praticada não se mostra razoável. O que importa é que a vítima foi categórica em afirmar que foi agredida por E. diariamente.

Também a alegação da defesa (f. 238) de que não foram ouvidas testemunhas presenciais das agressões em nada favorece o apelante, pois, tendo a violência ocorrido no interior da residência de E., compreensível que não tenham sido presenciadas por ninguém.

Destarte, assim como entendeu a juíza primeva, basta para o reconhecimento da continuidade delitiva o firme relato da ofendida de que apenas não foi agredida pelo réu no dia 20.01.2021, sendo certo que já no segundo dia (21.01.2021) até o último (29.01.2021) foi fisicamente violentada por E..

Assim, restou comprovada a ocorrência da continuidade delitiva (art. 71, do Código Penal), vez que E., por nove (9 - nove) dias, agrediu fisicamente a vítima, se valendo das mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, devendo os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

Do mesmo modo, a fração de aumento aplicada na sentença em razão da continuidade delitiva - dois terços (2/3) não merece acolhida, pois, tratando-se de no mínimo oito delitos, o aumento operado está em consonância com a tabela orientativa do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, qual seja, *"[...] 1 - até dois crimes, o acréscimo deve ser de um sexto; 2 - até três crimes, um quinto; 3 - até quatro crimes, um quarto; 4 - até cinco crimes, um terço; - 5 - até seis crimes, metade; 6 - até sete crimes, dois terços [...]"* (TACRIM-SP - RA - Rel. Silva Rico - JUTACRIM 89/218).

Por outro lado, verifico o pleito defensivo de decote da agravante do art. 61, II, *f*, do Código Penal também não pode ser acolhido.

Como se vê à f. 210 e ao contrário do que aponta a defesa (f. 234), a aludida agravante não foi reconhecida em relação ao delito de lesões corporais, vez que a circunstância de o crime ter sido praticado no âmbito das relações domésticas, com violência contra mulher, constitui elementar do tipo penal do art. 129, § 9º, do Código Penal. Já em relação ao delito do art. 148, § 2º, do Código Penal, a agravante deve ser mantida, pois devidamente comprovado nos autos que o crime foi praticado *"prevalecendo-se das relações domésticas"* e *"com violência contra a mulher na forma da lei específica"*.

Por outro lado, razão assiste à douta defesa quanto ao pleito de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea em relação aos crimes do art. 129, § 9º, do Código Penal, pois, embora o apelante tenha confessado que agrediu a vítima apenas duas vezes, sua confissão foi utilizada como fundamento da condenação, razão pela qual faz jus à atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal. Já em relação ao crime de cárcere privado, não há que ser falar na incidência da aludida atenuante, uma vez que foi negado pelo apelante.

Pugna, ainda, o combativo defensor pelo afastamento do concurso material entre os delitos de lesão corporal e cárcere privado, reconhecendo-se apenas a continuidade delitiva.

Razão não lhe assiste.

Como visto linhas acima, em relação a todos os delitos do art. 129, § 9º, do Código Penal restou caracterizada a continuidade delitiva. Já entre eles e o crime do art. 148, § 2º, do Código Penal deve ser mantido o concurso material de crimes, previsto no art. 69 do Código Penal, uma vez que não se tratam de crimes da mesma espécie, inclusive, tutelam bens jurídicos distintos, pois enquanto o cárcere privado tem como objeto jurídico a liberdade de ir e vir, o delito de lesão corporal visa proteger a incolumidade física.

Ainda no tocante à pena, requer a douta defesa a redução das pena-base.

Sem razão, contudo.

A i. juíza primeva fixou as penas-base dos delitos acima do mínimo legal, considerando como circunstâncias judiciais desfavoráveis as circunstâncias e consequências do crime.

As circunstâncias do crime, podem referir-se à duração do delito, ao local do crime, à atitude durante ou após a conduta criminosa, dentre outras. Na espécie, tenho que realmente extrapolam aquelas ínsitas ao tipo penal, pois, como observado na sentença, deve ser considerado *"o período (nove dias) em que a vítima ficou exposta às agressões físicas, sexuais e psicológicas. Consta do seu depoimento que ela preferia manter relação sexual sem vontade e sem manifestar sua insatisfação para evitar novas agressões"*, circunstâncias que justificam a elevação da pena-base.

As consequências do crime também extrapolam aquelas ínsitas ao tipo penal, pois, como bem observado na sentença, "a vítima relata que foi agredida com diversos instrumentos, entre os quais mangueira de chuveiro, colher de pau, cabo de vassoura, o que causou lesões por todo corpo na vítima que tem compleição física bem franzina" (f. 209v.), sendo a grande extensão das lesões amplamente relatada no laudo pericial, como transcrito linhas acima.

Assim, existindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, as penas-base não podem ser reduzidas para o mínimo legal.

O quantitativo de pena atribuído a cada circunstância valorada negativamente também não se mostra elevado, sendo inclusive inferior ao que seria obtido caso fosse utilizado o "critério do in-

tervalo" entre a pena mínima e a máxima cominada em abstrato para o crime em análise, dividido por oito (08), que é o número de circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal.

Assim, a pena do crime do art. 148, § 2º, do Código Penal não merece reparo, pois, na primeira fase, a pena-base foi fixada em três (03) anos de reclusão. Na segunda fase, não foram reconhecidas circunstâncias atenuantes. Em face da agravante prevista no art. 61, II, f, do Código Penal, a pena foi aumentada de um sexto (1/6), resultando em três anos e seis meses de reclusão. Na terceira fase, não foram reconhecidas causas de aumento ou de diminuição de pena, restando concretizada em três (03) anos e seis (06) meses de reclusão.

Por outro lado, tendo sido reconhecida a atenuante da confissão espontânea em relação aos crimes do art. 129, § 9º, do Código Penal, passo à reestruturação da pena:

Na primeira fase, presentes duas circunstâncias judiciais desfavoráveis (circunstâncias e consequências do crime), mantenho a pena-base, de cada um dos crimes, em dez (10) meses de detenção. Na segunda fase, tendo sido reconhecida a atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena anterior de um sexto (1/6) resultando em oito meses e dez dias de detenção. Não foram reconhecidas circunstâncias agravantes. Na terceira fase, não foram reconhecidas causas de aumento ou de diminuição restando as penas concretizadas em oito (08) meses e dez (10) dias de detenção.

Tendo sido reconhecida a continuidade delitiva, nos termos do art. 71 do Código Penal, tomo a pena de um só dos crimes, porque idênticas - oito (08) meses e dez (10) dias de detenção - e, levando-se em conta o número de crimes praticados e as considerações feitas linhas acima, aumento-a de dois terços (2/3), tornando-a concreta e definitiva em um (01) ano, um (01) mês e vinte e seis (26) dias de detenção.

Em razão do concurso material de crimes, somo as penas aplicadas, totalizando-as definitivamente em quatro (04) anos, sete (07) meses e vinte e seis (26) dias de pena privativa de liberdade (03 anos e 06 meses de reclusão + 01 ano, 01 mês e 26 dias de detenção).

Mantenho o regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

O apelante não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, vez que, além de tratar-se de crime cometido com violência, o que afasta a concessão de referida medida (art. 44, I, do Código Penal), apresenta a peculiaridade de ter ocorrido no ambiente doméstico, estando, portanto, abrangido pela Lei Maria da Penha, que, em seu art. 41 afasta a aplicação da Lei nº 9.099/95, independentemente da pena prevista.

Do mesmo modo não faz jus ao Sursis, em razão do óbice previsto no art. 77 do Código Penal (pena superior a dois anos).

Noutro giro, requer a defesa o decote da indenização por dano moral fixada na sentença no valor de R$10.000,00 (dez mil reais) (f. 210-v.).

Razão lhe assiste.

Conquanto entenda que o Ministério Público detenha legitimidade para requerer a condenação do réu ao pagamento de indenização, a título de reparação mínima pelos danos causados à vítima, verifico que, *in casu*, os autos carecem de elementos suficientes para deferimento do pedido.

É que o pleito indenizatório não foi satisfatoriamente debatido na instrução, vez que a acusação não formulou qualquer pergunta à vítima sobre o prejuízo que sofreu em decorrência da violência sofrida, aliás, nenhuma indagação lhe fez a respeito de danos decorrentes das agressões praticadas pelo réu.

Registro que não desconheço o teor do Tema 983 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória".

Entretanto, mesmo admitindo-se que os danos decorrentes dos crimes praticados pelo réu seriam presumidos (*dano in re ipsa*), essa presunção admite prova em contrário.

Frise-se que a ofendida não pugnou pela fixação de reparação mínima, seja a título de danos materiais ou morais, de modo que, no contexto dos autos, não vejo como fixar a indenização, pois esta não pode ser arbitrada aleatoriamente, ainda que sob a rubrica de "reparação mínima".

Por fim, no tocante ao pleito de isenção das custas processuais (f. 251), não há como acolhê-lo, uma vez que o pagamento das custas processuais é efeito da condenação, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal. Assim, é na fase de execução que a sua alegada miserabilidade jurídica deverá ser examinada, a fim de se conceder ou não a gratuidade judiciária.

Ante o exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso para reduzir as penas do apelante para quatro (04) anos, sete (07) meses e vinte e seis (26) dias de pena privativa de liberdade (3 - três - anos e 6 - seis - meses de reclusão + 1 (um) ano, 1 (um) mês e 26 (vinte e seis) dias de detenção), regime semiaberto, bem como para afastar a indenização fixada na sentença.

Custas nos termos definidos na sentença (f. 210-v.).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI (REVISOR) E FRANKLIN HIGINO.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Instauração de incidente de insanidade mental - Indeferimento - Tráfico de drogas e receptação - Materialidade e autoria comprovadas - Condenações mantidas - Penas-base - Reduções - Modificação de regime de cumprimento de pena - Substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Impossibilidades - concurso material entre os crimes - Imperatividade - Benefícios da justiça gratuita - Prejudicialidade

- É de indeferir o pedido de instauração incidente de insanidade mental, eis que não é o momento processual oportuno, e, ainda, verifica-se, após análise dos autos, que durante o decorrer do processo nenhuma dúvida pairou sobre a higidez mental da acusada R..

- A ocorrência do crime de narcotráfico está comprovada, e, não se desincumbindo os apelantes de retirarem as suas responsabilidades, impossível a pretendida absolvição ou desclassificação para o crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06.

- A apreensão dos bens subtraídos em poder do autor, sem nenhuma explicação plausível, inverte o ônus da prova e autoriza a condenação pelo crime de receptação.

- As penas-base fixadas com excessivo rigor devem ser diminuídas.

- Não é possível a modificação do regime de cumprimento de pena para o semiaberto ou aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos aos apelantes reincidentes.

- Deve ser mantido o concurso material (art. 69 do Código Penal) entre os delitos, porquanto comprovado que os desígnios e as ações foram autônomos, não havendo que se falar em concurso formal.

- Concedido aos apelantes, em primeira instância, os benefícios da assistência judiciária, prejudicado se encontra o pleito em grau de recurso.

- Provimento parcial aos recursos são medidas que se impõem.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0000.21.278000-1/001 - Comarca de Cláudio - 1º Apelante: A.S. - 2º Apelante: R.V.P. - Apelado: Ministério Público - MPMG - 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 PARCIAL PROVIMENTO AOS

RECURSOS.

Belo Horizonte, 29 de junho de 2022. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Voto

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Pela sentença de Ordem 97/100, restaram condenados A.S. nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e o art. 180, *caput*, c/c os arts. 61, I, e 65, III, *d*, na forma do art. 69, todos do Código Penal, às penas de 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 715 (setecentos e quinze) dias-multa, fixado o valor do dia-multa no mínimo; R.V.P. nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 c/c o art. 65, III, *d*, ambos do Código Penal, às penas de 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida em fechado, e o pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, fixado o valor do dia-multa no mínimo.

Irresignados interpõem os presentes recursos.

Nas razões de Ordem 122, A. almeja desclassificação do delito de recepção dolosa para culposa. Quanto ao delito de tráfico, busca a absolvição por ausência de provas. Subsidiariamente, a desclassificação para o delito de uso de entorpecente. Caso mantida a condenação, deseja a redução das penas-base, a modificação do regime, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e o reconhecimento do concurso formal, nos termos do art. 70 do Código Penal.

Já a acusada R., busca preliminarmente a instauração de "incidente de dependência toxicológica". No mérito, requer a desclassificação para delito de uso de drogas. Em sede eventual, a redução das penas-base, o reconhecimento da benesse do tráfico privilegiado, a modificação do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a concessão dos benefícios da justiça gratuita e a fixação de honorários ao Defensor Dativo (Ordem 127).

Contrarrazões, Ordem 124 e 130.

Manifesta-se a doutra Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento parcial dos recursos *"[...] para que sejam arbitrados os honorários advocatícios em favor do defensor dativo [...]"* (Ordem 135).

É o relatório, em síntese.

Presentes os pressupostos para sua admissibilidade, conhece-se dos recursos.

Quanto aos fatos narram os autos que:

> "[...]Consta dos autos que, no dia 03/05/2021, por volta de 18h32min, na Rua Itatiaia, nº 543, Bairro XXXXXXX, neste município, os denunciados adquiriram, em proveito próprio, coisa que sabiam ser produto de crime, bem como tiveram em depósito, para fins de comércio, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou

regulamentar, associando-se com o objetivo de praticar o tráfico de entorpecentes de forma reiterada.

Segundo se apurou no incluso procedimento, no dia e horário supramencionados, em atendimento a denúncias anônimas informando que o suspeito de cometer um furto (registrado no REDS de f. 41/42) na residência da Sr.ª S.S.F. trocou parte do material subtraído, por drogas, com os denunciados, os policiais militares se deslocaram até a residência destes e, após diligências no local, realizaram a abordagem de ambos.

Momentos antes da sua abordagem, a denunciada R. correu para os fundos da casa e, durante sua busca pessoal, tentou jogar no interior de um vaso sanitário 64 (sessenta e quatro) pedras de crack, tendo sido encontradas, ainda, em buscas pela residência, 1 (uma) pedra maior da mesma substância, parte do material inicialmente furtado e dado em troca pelas substâncias entorpecentes, a quantia de R$57,00 (cinquenta e sete reais) e lâminas de barbear sem o devido aparelho barbeador, objeto comumente utilizado para fracionar drogas, em especial o crack.

Outrossim, é de conhecimentos dos policiais militares que os denunciados contribuem diretamente para o comércio de entorpecentes no Bairro XXXXXXX, de forma intensa e organizada, a "mando" de outros indivíduos já amplamente conhecidos no meio policial pelo tráfico de drogas, inclusive associando-se aos demais membros da "Turma do XXXXXXX".

As substâncias entorpecentes apreendidas foram submetidas a exame preliminar em drogas de abuso (f. 18), atestando se tratar de material proibido.

Os bens oriundos do crime de furto encontrados na residência dos denunciados, quais sejam, um tênis e alguns materiais de limpeza, foram reconhecidos pela sua proprietária, Sr.ª S.S.F.

Assim agindo, incorreram os denunciados nas sanções do art. 180, *caput*, do Código Penal Brasileiro, bem como dos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, razão pela qual é oferecida a presente denúncia, esperando seja o denunciado citado para apresentar defesa prévia e, após o recebimento da presente denúncia, seja o feito processado consoante o rito previsto nos arts. 54 e seguintes da Lei nº 11.343/06, prosseguindo-se nos demais termos do processo até final condenação [...]"

Do pedido de diligência.

Requer a apelante que seja instaurado incidente de insanidade mental.

No entanto, verifica-se que, no presente momento processual, não é possível diligência para complementação de provas.

Frisa-se que os pedidos de diligência devem ser realizados em sede de resposta à acusação, com fulcro no art. 396, *a,* do Código de Processo Penal, ou antes da apresentação das alegações finais, nos termos do art. 402 do Código de Processo Penal.

Portanto, verifica-se a preclusão, sendo imperioso o indeferimento do pedido.

Registra-se, não se pode declarar nulidade sem que haja demonstração efetiva de prejuízo para a parte, a teor do que dispõe o art. 563, do Código de Processo Penal: "*Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para acusação ou para a defesa*".

Acrescenta-se que, durante o decorrer do processo nenhuma dúvida pairou sobre a higidez mental da apelante.

A simples alegação de que a ré é viciada em drogas, não enseja o exame de dependência toxicológica, exigindo-se dúvida razoável sobre a sua higidez mental, que deve ser observado pelo juiz.

Assim, não é de se deferir o exame quando o (a) réu (ré) não apresenta sinais de distúrbios de comportamento, associados ao consumo da droga.

Nesse sentido, eis a jurisprudência:

> Apelação criminal. Roubos majorados em continuidade delitiva. Nulidade do feito. Cerceamento de defesa. Ausência de realização de exame de dependência toxicológica. Necessidade não demonstrada. Preliminar rejeitada. Mérito. Atenuante da menoridade relativa. Reconhecimento. Tentativa. Inocorrência. Delitos consumados. Condenação mantida. - Para a realização do exame de dependência toxicológica, é necessário que haja fundada dúvida a respeito da integridade mental do apelante, não bastando a simples alegação da defesa nesse sentido. Não havendo nenhuma questão nos autos que, realmente, aponte dúvidas quanto à sanidade mental do apelante, não sendo demonstrada a real necessidade da realização do exame, deve ser indeferida a pretensão da defesa neste tocante. - É de ser reconhecida a atenuante da menoridade relativa, se os acusados, à época dos fatos, eram menores de 21 (vinte e um) anos. - Para a consumação do delito de roubo, basta que ocorra a inversão da posse da res, perdendo o ofendido o controle de disposição dos bens subtraídos, ainda que por breve lapso temporal (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.11.221458-0/001, Rel. Des. Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª Câmara Criminal, j. em 29.10.2015, p. em 06.11.2015).

Desta forma, indefere-se o pedido.

Mérito.

Crime de tráfico de drogas.

A materialidade delitiva restou devidamente comprovada por meio do auto de apreensão de f. 26 (Ordem 02), laudo de constatação de f. 30 (Ordem 2) e laudo toxicológico definitivo de f. 03/04 (Ordem 34).

No caso em análise, nota-se que os apelantes foram presos na posse de 6,4g (seis gramas e quatro centigramas) de crack, distribuídas em 64 (sessenta e quatro) pedras menores e 1 (uma) pedra maior, prontas para comercialização.

Do mesmo modo, a autoria é estreme de dúvidas.

Veja-se:

Em suas declarações, os acusados sustentaram na fase policial:

R.V.P., acusada:

> [...] a declarante está acompanhada de seus advogados Dr. R.M.P. R., OAB/MG 184.081, e Dr.ª Â.M.G.R., OAB/MG 188.822, sendo que neste ato, juntam no procedimento a devida procuração da conduzida R.; que a declarante por orientação de seus advogadas, prestará informações apenas condizentes a perguntas feitas por estes; que dadas a palavra ao Dr. R.M., este a perguntou se quando foi presa, algum dos Policiais lhe advertiu que poderia permanecer em silêncio; respondeu que não; perguntada se é usuária de drogas; respondeu que "sou, de forma compulsiva, uso todos os dias, não paro de usar", conforme se expressou; que dada a palavra a Dr.ª Â.M., perguntou se tem filhos, quantos, qual idade e nomes; respondeu tenho, dois, C.R.V.P. de dois anos de idade e E.V.P.R. de oito anos de idade; perguntada como foi a circunstância da abordagem Policial/adentramento ao imóvel; respondeu estava no interior da casa, especificamente em seu quarto, seu companheiro A. saía a rua, quando chegou uma viatura, não sabendo o nome desses Policiais, estes perguntaram se M. estaria na casa, e no que A. disse não, os Militares já foram entrando na casa, sem pedir permissão ou autorização; que nega o fato ou informação de que quando chegada dos policiais A. tenha gritado a sua pessoa a tendo feito correr para dentro do banheiro [...]" (Ordem 02).

A.S., réu:

> [...] que a declarante por orientação de seus advogados, prestará informações apenas condizentes a perguntas feitas por estes; que dadas a palavra ao Dr. R.M., este a perguntou se quando foi preso, algum dos Policiais lhe advertido que poderia permanecer em silêncio; respondeu que não, não falaram nada nesse sentido, já chegaram entrando; perguntado se é usuário de drogas; respondeu que "sou, uso drogas todo dia, enquanto tiver crack", conforme se expressou; que dada a palavra a Dr.ª Â.M., perguntou se tem filhos, quantos, qual idade e nomes; respondeu não tenho filhos menores; perguntado como foi a circunstância da abordagem Policial; respondeu estava na porta de sua casa, prestes a sair para a rua, os Policiais lhe disseram que estavam procurando por um tal de M., e ao respondê-los que ele não estava ali, os Militares foram entrando, sem pedir sua autorização e permissão, adentrando no local, caçando algo; que quando da chegada os Policiais, sua companheira R. ouvia o som, sem gritar, pediu a ela que abaixasse o volume para conversarem com os policiais [...] (Ordem 02).

Em juízo, os acusados confessaram que guardavam drogas na residência para terceiros:

A.S., réu:

> [...] Que eu e R. morávamos juntos; que tem um relacionamento, mas não é com muita certeza; que ela fica na casa do depoente; que bebo todos os dias; que usa drogas todos

os dias, sou compulsivo; que usa crack, maconha e álcool, todos os dias; que na casa do depoente era um fumódromo, muita gente ia lá usar; que essas pessoas levam cachaça, levam droga; que foi preso ano passado; que só foi uma vez; que não sabe se estava cumprindo pena, que estava assinando; que as testemunhas ouvidas não tem rixa com o depoente, não são inimigas; que os fatos a respeito da droga, dele estar usando são verdadeiros, a respeito do furto também; que ele chegou na casa do depoente a abandonou esses produtos lá; e saiu, pois na casa do depoente é um entra e sai 24h; que M. que levou os produtos para a casa do depoente; que eles usaram drogas, "deram a louca", porque droga é assim mesmo, e ele deixou os produtos lá; que eles usavam droga lá, os dois saíram "doidão", e ele deixou lá; que até portanto os policiais foram lá, o depoente estava na porta e os deixou entrarem; que deixou eles entrarem normalmente; porque não tinha nada a perder, ele e R. estavam só usando drogas; que a droga encontrada na residência do depoente era deles mesmo, que R. tinha feito um programa, arrumou dinheiro e eles estavam usando; que não sabe como os traficantes vendem; que quando ele compra já vem uma pedra embalada só pra uso, que o depoente compra 50 (cinquenta), 100 (cem) reais; que em relação a lamina de barbear eles estavam picando e usando; que não iria picar no momento, que já tinha picado, que estavam usando; que compra a pedra de crack por mais ou menos R$10,00 (dez reais); que o depoente estava usando, que estava sendo ameaçado para guardar as drogas lá; porque não tinha dinheiro para pagar as drogas que comprou, por isso estava sendo ameaçado a guardar lá; mas não estava vendendo, estava usando, e não tinha como pagar as drogas que usou; que qualquer um entrava e fumava lá; que não vendia, que na casa do depoente não tem como nem vender; que é usuário mesmo; que muita gente vai lá usar; que não vende; que quando os usuários que vão na casa do depoente e não tem droga, o depoente "salva" eles, e quando o depoente não tem, eles "salvam" o depoente; que não podia vender a droga que estava guardada em sua residência; que se vendesse atrapalhava eles a ganharem o dinheiro deles; que era só para guardar mesmo, pois estava sendo ameaçado porque fumou a droga deles; que não podia vender; que só podia usar a dele mesmo, que conseguia comprar, ou que alguém chegava lá; que não sabe se outra pessoa tinha a função de vender; que a função do depoente era só guardar mesmo; que tinha uns dois meses que estava guardando drogas; que não sabe nem o nome dos traficantes; que R. não sabia que ele estava guardando, que nem falou nada pra ela, que ficou calado; que falou pra ela para sair da casa do depoente; que ela não quis sair, porque lá ela conseguia usar mais a vontade; não usava no mato, nem na rua nem nada; que não pediu pra ela dispensar droga no vaso sanitário; que ela dispensou a droga no vaso sanitário pelo fato de acontecer o que aconteceu, deles irem presos e perder a droga, que ela queria fumar; que ela jogou a droga fora com medo de ir presa; que ela sabia que tinha um pouco de droga lá; que as 64 (sessenta e quatro) pedras estavam com ela; que não sabe como funciona a turma do XXXXXXX; que eu mesmo ficava usando, que é usuário mesmo; que deve ter um chefe, mas que o depoente não tem contato com esse pessoal; que é só usuário mesmo; que aconteceu esse fato dele achar a droga deles lá, e usar, que foi lá pegou e fumou; que foi onde estava sendo ameaçado a guardar lá; mas contato com eles não tem; que M. fumou uma lá, e saiu; que essa uma não foi o depoente que deu pra ele; que ele chegou com uma pedra; que conhece ele da rua; que não é amigo dele; que ele não tem costume de ir na casa do depoente; que esse dia ele foi lá, porque sabia que a casa do depoente era um ponto de usar droga, e ele chegou lá e perguntou se podia usar; que ele usou; mas que não tem costume de ir, que só foi esse dia; que ele

deixou os objetos lá; que sabe que ele pratica pequenos furtos para sustentar o vício; que o depoente compra a droga de um pessoal que fica vendendo na rua; que compra de várias pessoas, por exemplo, de um tal de Tadeu; que foi ameaçado por muita gente; que chegou um recado, dizendo "M. você vai ter que fazer isso aí, guardar a droga que você fumou; você não tem condições de pagar, tem?" que o depoente disse que não tinha, que então eles disseram que ele teria que guardar a droga; que ameaçaram de bater no depoente, ou de talvez por fogo na casa do depoente, por causa da droga que ele tinha achando deles, e usado; que viu eles guardando e foi lá e pegou; que podia usar a droga que o depoente comprasse, ou que alguém chegasse e desse para o depoente; mas que não podia usar a droga deles que estava lá; que mandavam alguém ir lá buscar a droga; que pegavam lá de dois em dois dias; que pegava um tanto e dava um tanto pra o depoente guardar; que toda hora o depoente guardava, que eles iam lá pegar e levavam mais droga para o depoente guardar; que R. ficava lá, que as vezes ia fazer algum programa e ficava lá; que fazia programa e fumava também lá; que na saúde o depoente está bem dentro da cadeia; que os policiais chegaram, pediram pra entrar e o depoente autorizou a entrada; que não sabia que os objetos eram produto de furto, por isso deixou os policiais entrarem; que M. entrou, usou e deixou os materiais lá [...] (PJe. Mídias)

R.V.P., ré:

[...] Fica na casa dele,pois não tem onde ficar, que faz programa, que é garota de programa; mas que fica com A. e fica com outras pessoas também; que não tem relacionamento certo com ele não; mas mora lá no endereço de A.; [...] que a depoente estava guardando drogas para um menino da rua dela, mas que não estava vendendo; que ele dava pedra para a depoente para ela guardar; que ele dava ¾ (três quartos) pedras pra depoente guardar a pedra pra ele; mas não vendia; mas guardava pra ele; que esse menino era da turma do XXXXXXX; mas que não participava da turma do XXXXXXX; que só guardava pra ele, e ganhou 4 (quatro) pedras pra isso; que tinha uns 2 (dois) meses que estava guardando pedra pra eles; que a depoente recebia em droga; mas a depoente não vendia, só guardava; que a pedra grande eles não iriam fracionar; que só guardavam ela; [...] que confirma que tentou esconder a droga debaixo de sua roupa, e que tentou dispensar a droga no vaso sanitário; que não conseguiu jogar fora as pedras; que o menino lá deu a droga para a depoente guardar em troca de drogas; que deu algumas picadas e outra maiorzinha; que pegou a droga cedo; que de 4 (quatro) em 4 (quatro) horas ganhava 4 (quatro) pedras, que era 1 (uma) pedra por hora; que deixava lá de dia e a noite iria buscar; que nesse dia aconteceu isso; que nas outras vezes anteriores foi isso mesmo; que entregava a droga pra depoente, ficava de um dia pro outro e eles iam lá buscar; e depois entregavam mais, ficava com a depoente de um dia pro outro e eles buscavam novamente; mas que a depoente não vendia, que estava só guardando pra eles[...] (PJe mídias).

Por outro lado, o policial militar F.C.S., condutor da abordagem que culminou nas prisões em flagrante dos acusados e apreensão da droga, esclareceu em seu depoimento, *in verbis*:

F.C.S., policial militar:

[...] que no dia de hoje, data de 03.05.2021, por volta das 18h32min, os Militares da fração de Cláudio, tomarem conhecimento de que o indivíduo conhecido por "M." teria cometido um furto a uma residência, conforme REDS nº 2021-021407735-001, fato registrado por volta das 17:00 horas, e que teria trocado parte do material com um traficante de drogas do bairro XXXXXXX conhecido vulgarmente por "M.", tratando-se este de A.S., bastante conhecido pelos Militares, ressalta que "M." pelo cometimento de crime de tráfico de drogas na data de 23.04.2021; que "M.", adolescente infrator, com diversas passagens na Polícia, como uso e consumo de drogas, estupro e crimes contra o patrimônio (furto/roubo); que os Policiais, iniciaram suas diligências deslocando até a sua residência do M., chegando inicialmente no local a viatura composta pelo CB R. e SD J., local onde abordaram "M." e lhe deram conhecimento dos fatos (denúncia), tendo ele deslocado rapidamente até a porta de sua casa e gritado para sua atual amásia R., a qual de acordo com denúncias e levantamentos anteriores realizados pelos Militares estaria associada a M. na prática de tráfico de drogas, fato presenciado por Militares de citada guarnição; que no que M. correu para os fundos e gritou apoio, os Militares daquela viatura, pediram apoio a guarnição comandada pelo depoente (CB C.) e seu colega CB P.; que estando a dois quarteirões do local, imediatamente para ali, chegando no local, deparou com o CB R. no interior do imóvel, contendo A., e SD J. contendo R. no interior do banheiro; que A. não resistia a ação Policial, R. não resistia, bastante exaltado, dizia algo que nem se lembra mais; que conforme relatos da SD J., no que ela foi iniciar busca pessoal em R., naquele momento, R. no momento que foi retirar uma blusa tomara que caia entregou a blusa a SD J. e consequentemente de posse de um frasco, provavelmente retirado de dentro da blusa, tentou jogá-lo no interior do vaso sanitário, o qual foi recolhido pelo SD J., aberto, foram encontradas e contabilizadas em seu interior 64 (sessenta e quatro) pedras de crack, já fracionadas em tamanhos comumente encontrados com usuários e drogas; que posteriormente após buscas na residência do casal, foi localizada atrás da geladeira uma pedra da mesma substância, porém de maior tamanho, material de limpeza e um par de tênis que a vítima do furto citado acima reconheceu como sendo parte do material furtado em sua residência, reconhecendo todos os itens, ou seja, o par de tênis e os materiais de limpezas; que o reconhecimento se deu por meio, da guarnição do CB R. que levou o todo o material até a residência da vítima, a apresentando em presença física, esta reconhecido todo o material mostrado a ela pelo Policial; que a vítima do furto, não se encontra neste momento na Delegacia, durante apresentação deste APFD; que também foi localizada a quantia de cinquenta e sete reais, uma caixinha de lâmina de barbear, sendo percebido que não havia no local aparelho para usar tal lâmina e sim presto barba, ressaltando que as lâminas de barbear são utilizadas por traficantes para fracionar pedras de crack; que A. e R. assumiram a propriedade da droga e alegaram que o material de limpeza e o tênis feminino eles teriam adquirido de um indivíduo desconhecido; que os Militares já teriam conhecimento de que A. e R. estaria fazendo a venda de crack no bairro XXXXXXX, associando-se aos demais integrantes da "Turma do XXXXXXX", os quais vendem outras qualidades de entorpecentes; que diante do acima exposto, todo o material arrecadado e os autores foram entregues a esta Delegacia de Plantão; que A. e R. receberam atendimento médico na santa casa de Cláudio, conforme relatórios anexos; que tem conhecimento de que R. é usuária de crack; que em relação a A. tem conhecimento de que ele já foi preso por tráfico e uso de drogas; perguntada pela Dr.ª Â.M., se tem conhecimento de que os conduzidos são usuários rotineiros de crack; respondeu ter conhecimento de que eles já

foram conduzidas algumas vezes por uso de droga, e são conhecidos no meio Policial como usuários de droga, e estariam sendo usados para fazerem a venda de droga também; que no início deste, ratificou em inteiro teor as informações do REDS [...] (Ordem 02)

F.C.S., policial militar:

[...]Que já conhecia A. e R.; que são velhos conhecidos envolvidos com drogas; que já fez outras prisões deles, principalmente pequenos furtos para manter o consumo de entorpecentes; e agora essa prisão quando eles passaram de usuários para traficantes; [...] que eles tem optado por fazer o seguinte, os traficantes recrutam os usuários, por ex, "A cada 10 pedras que vender te dou duas"; que então pegam essas pessoas humildes para fazer essa movimentação; que antes era o M., que ele foi preso e recrutaram A. e R.; que já era um local que os policiais já estavam monitorando; que já tinha mais tempo que estavam se dedicando ao tráfico, principalmente depois que esse outro usuário M. foi preso, que ele fazia esse comércio antes; que passaram então a utilizar A.; que no início há 5/7 anos era uso e consumo; que uns 3/4 meses antes de A. esse M. foi preso; que M. também é conhecido no meio policial; que é menor infrator dependente de crack; que tem passagens por ter abusado de uma criança; que já o depoente já fez a prisão dele por furto de uma motocicleta; que é conhecido também pela prática de pequenos furtos para manter o vício; a denúncia era de que M. tinha praticado o furto e ido trocar por drogas na residência de M.; que M. é o A.; que ele entrou, ficou um período de tempo e saiu sem a posse dos materiais; que a equipe do cabo Resende logrou em abordar M. na porta de sua residência; que a residência dele, a porta de entrada já fica virada pra rua, aquelas casas mais antigas, com janelas que dão pra rua também; que interpelaram o A. acerca do material, e pra alertar a R., M. disse que a polícia estava lá; que nesse momento Cabo Resende visualizou que R. pegou um potinho e colocou dentro da veste; que hoje só tem uma policial feminina; que ela tinha acabado de voltar de licença maternidade; era comum não ter policial feminina; que R. teve tranquilidade de pegar o potinho e guardar em sua roupa colocando em suas vestes, sabendo que o policial estava vendo, porque sabia que os policiais não iram proceder a busca; porém no dia dos fatos a soldado J. estava no turno; que assim que R. colocou a drogas nas vestes, o policial Resende solicitou que J. fizesse a busca minuciosa em R.; que J. entrou com ela pra dentro do banheiro, por questão de intimidade para fazer a busca; que assim que ela começou a tirar as vestes R. tentou arremessar o vidro no vaso sanitário, que esse vidro não estava fechado direito, e abriu, algumas pedras do entorpecente caíram dentro do vaso sanitário e outras de fora; que R. tentou resistir, tentou dar descarga; que J. conseguiu dominá-la; que até nesse momento a guarnição do depoente não estava presente; que chegaram nesse momento; que quando o depoente chegou a J. estava contendo R., fazendo sua contenção; que conseguiram angariar parte da droga, que deu 60 e poucas pedras; que procederam a busca no imóvel; que localizaram mais uma pedra que daria em torno de 20 pedrinhas e também localizaram o material que havia sido furtado na outra residência; que a quantidade de droga encontrada é considerada grande; que de forma alguma é quantidade que se encontra com usuários; que cada pedra é comercializada em torno de 10,00; que os denunciados não teriam condições de comprar essa quantidade para uso, pois eles não trabalham, não tem renda; que a caixinha com lâminas, eles utilizam a lâmina que é bem fininha para não ficar farelo;

> que o crack esfarelado não tem tanto valor comercial; que não tinham nada para utilização dessas laminas lá; que era pra droga mesmo; que a vítima do furto reconheceu algumas materiais, salvo engano tênis e produtos de limpeza; que eles alegaram que não sabiam a origem dos produtos, e que teriam comprado de indivíduo desconhecido; que sobre a droga eles alegaram que era pra consumo próprio; que nas outras abordagens anterior de A., ele estava com no máximo 2 ou 3 pedras no máximo; que a primeira guarnição que chegou foi no cabo Resende que atenderam o chamado de furto; que fizeram esse levantamento e deslocaram na residência; que o depoente chegou num segundo momento a partir de acionamento de apoio por parte do cabo Resende; que a minha guarnição chegou em 3/4 minutos após acionamento; que R. a princípio estava morando no local; que A. recebeu o material na casa, a princípio [...] (Pje. Mídias)

De igual modo, é o testemunho do policial militar R.S.P.:

R.S.P., policial militar:

> [...]que o depoente ratifica em inteiro teor as informações constantes no histórico do REDS, bem como, as declarações do condutor do presente APFD, uma vez que, compunha a mesma guarnição Policial que procedeu a abordagem e diligência em questão; que dada a palavra ao advogado Dr. R.R., este pergunta se o Militar adentrou e esteve no interior da casa/local abordado com seu colega de guarnição CB C.; respondeu que quando chegaram no local, se manteve na porta de acesso do imóvel, fazendo segurança da ação Policial no interior da casa, bem como, das viaturas que estavam do lado de fora; que após uns cinco minutos, vendo que a situação estava controlada, adentrou imóvel, e realizando buscas na sala e no quarto da frente do imóvel, sendo que todo o material apreendido já estava com os Militares CB R. e SD J.; que não sabe informar se quando adentrou no local, o CB R. e SD J. já tinha dado voz de prisão aos conduzidos, se expressando "provavelmente sim"; que não sabe precisar quando foram acionados via rede rádio, a que distância estavam do local do fato, demoraram aproximadamente dois minutos para chegarem no local, acredita que foi entre 2 a 3km de distância, que deslocaram em linha reta e com pouco trânsito; que ressalta que no momento em que foram acionados estavam no bairro Bela Vista; que dada a palavra a advogada Dr.ª Â.M., respondeu ter conhecimento do meio Policial, de que R. desde sua menoridade é usuária de crack, e em relação a A. também é conhecido no meio policial como usuário de drogas [...] (Ordem 02).

R.S.P., policial militar:

> [...] Que já conhecia os réus; que A. reside bem no meio da boca de fumo do XXXXXXX; que o pessoal em data pretérita utilizava ele para guardar drogas; que sabe que ele é usuário de drogas, mas que já haviam recebido informações que patrão da boca colocou ele e a R. para comercializar o crack, dividindo assim: a venda do crack na residência deles e a venda de cocaína e maconha, no mesmo quarteirão, porém na esquina, para que não misture os usuários; que esse local já é bem conhecido; que ha diversas operações policiais lá para tentar inibir a venda e o uso de drogas lá; a informação de que eles estavam revendendo

já tem há muito tempo; que eles não tem condições de manter o nível; a quantidade de drogas que estava lá, as roupas que ele passou a usar, foi notória a diferença dele a partir do momento em que começou a vender crack; R. também é muito conhecida no meio policial, com diversas passagens, é usuária contumaz e bem complicada; que é envolvida diretamente na parte de vendas; como não tem renda, ela consegue vender e tira o que ela vai usar; que está sempre no meio do movimento; as vezes levando o pessoal ate a boca ou busca e levando até o pessoal; que cada um tem papel; que na época eles estavam juntos, namorando e morando juntos; como ela não tem residência, que a família não a aceita em casa, ela fica pela rua, cada dia na casa de um; que na época dos fatos estava com A.; que estavam juntos na traficância; que a movimentação de usuários é muito grande; que segundo o depoente crê que a pedra maior encontrada fracionada renderia mais umas 30/40 pedras aproximadamente; que o chefe do XXXXXXX mora numa outra rua próxima; que todos tem conhecimento de quem é; que a outra equipe receberam a informação de receptação e foram verificar, e durante a diligência foi verificada a traficância, e as medidas foram tomadas em cima do tráfico; em relação aos materiais, quem fez o furto foi o M.; que a informação que chegou primeiramente foi que M. havia trocado parte do material que havia furtado por drogas com M. e R.; que a ocorrência era para verificar a receptação; que a equipe do depoente chegou no apoio; que a primeira equipe do Cabo Resende e Soldado J. chegaram primeiro no local, verificaram os fatos e pediram apoio; que o depoente com sua equipe chegaram no apoio, nas buscas e na contenção do pessoal que queriam entrar para complicar a ocorrência; que quando chegaram no local a outra guarnição já se encontrava dentro da residência do denunciado, inclusive com os dois indivíduos presos e com testemunhas no local lá; que chegaram 5/7 minutos depois da primeira guarnição; que quando chegou no local os dois indivíduos presos, o material já arrecadado, e acondicionado com os militares, e duas testemunhas acompanhando; que não se lembra no horário; que M. é conhecido, que não sabe de cabeça o nome dele; pelo conhecimento que o depoente teve, chegou informação de que teria sido furtado material, e segundo denúncia que chegou para os militares o material furtado tinha sido trocado por drogas na residência de M.; que chegando os militares no local ele estava na porta, e já virou e gritou para R. que a polícia estava ali, o que ocorre comumente para esconder algo; e a partir daí verificou-se a ocorrência da traficância; segundo a versão do histórico, o A. que havia trocado; que não se recorda se ele assumiu que os materiais eram produtos de furto; que os denunciados alegaram que era para uso as drogas [...] (PJe mídias).

Pelos depoimentos transcritos, verifica-se que após o recebimento de denúncia anônima noticiando acerca da prática do tráfico de drogas por parte dos acusados, policiais militares efetuaram abordagem dos réus, logrando êxito em apreender a substância entorpecente.

Destacou o r. sentença, que apesar da negativa dos réus quanto a comercialização de entorpecentes, verificou-se que os acusados confessaram que guardavam drogas na residência, acerca de 2 (dois) meses, a mando de traficantes que compõem a "Turma do XXXXXXX". A. como forma a quitar sua dívida com os traficantes e ao mesmo tempo sustentar seu vício, e R. para sustentar o vício.

Mais.

Segundo os policiais militares, já havia denúncias sobre os acusados, que também eram usuários de drogas, e estes teriam sido aliciados pelos traficantes da "Turma do XXXXXXX"; denúncias essas que indicavam também a casa de A. como ponto de tráfico de entorpecentes, principalmente de crack, sendo o local já conhecido no meio policial por ser dedicado à traficância.

Em resumo, a denúncia anônima guarda relação com aquilo que estava acontecendo e o que era uma suspeita, tornou-se uma realidade com a apreensão da droga de propriedade dos apelantes, não havendo falar-se em absolvição por ausência de provas e/ou em desclassificação para o delito de uso de drogas.

Também, já se pacificou na jurisprudência que o depoimento prestado por policial merece toda credibilidade quando seguro, coerente, firme e corroborado pelas demais provas constantes dos autos.

Nesse sentido:

"O testemunho do policial mesmo participante da diligência do flagrante quando coerente e seguro, é tão valioso como qualquer outro" (RT 593/423).

Destarte, compreende-se que a sentença reconheceu corretamente a prática da traficância, não havendo nenhum elemento capaz de elidir a condenação lançada em primeiro grau de jurisdição.

Crime de Receptação

Comete o crime de receptação quem adquire, recebe, transporta, conduz ou oculta, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influi para que terceiro de boa-fé a adquira, receba ou oculte.

A materialidade do delito vem comprovada pelo auto de apreensão de f. 26 (Ordem 02) e termo de restituição de f. 14 (Ordem 03)

A autoria também é induvidosa.

O apelante, em suas declarações em juízo, apenas disse que *"[...] não sabia que os objetos eram produto de furto, por isso deixou os policiais entrarem; que M. entrou, usou e deixou os materiais lá [...]"*.

Observa-se que a vítima S.S.F. confirma o furto em sua residência, e, ainda, reconheceu como seus os objetos apreendidos em poder do acusado A.:

S.S.F., vítima receptação:

> [...] que segundo o declarante na sexta-feira, dia 30 de maio de 2021, por volta das 19h, e foi para sua roça, localizada no Povoado do Custódio, Zona Rural de Cláudio/MG; que suas filhas, porém, permaneceram em casa até sábado de dia, quando também foram para sua roça; que o declarante e suas filhas voltaram para sua casa no Domingo à tarde, por volta das 16h; que apenas na segunda-feira, à tarde, o declarante sentiu falta de vários objetos, que foram subtraídos em sua residência; que por esse motivo, não sabe dizer se os objetos que serão listados a seguir, foram subtraídos de sábado para domingo, enquanto

> ele estava na roça, ou mesmo de Domingo para Segunda-feira, estando ele em sua residência; que o declarante constatou que foram subtraídos de sua residência: um jogo de chave alea, um transformador de energia, pequeno, um detergente líquido de 500ml, marca YPÊ, uma água sanitária de dois litros, marca MARINA, um amaciante de roupas de dois litros, marca UAU, um pacote com cinco unidades de sabão em barras, marca YPÊ, dois aparelhos de som automotivo, uma caixa de som automotivo, e um par de tênis, preto e branco, marca ACTVITTA; que o declarante, ao tomar ciência do furto, acionou a Polícia Militar; que acredita que o autor do furto, para entrar em sua casa, tenha pulado o portão de sua residência, que tem aproximadamente dois metros de altura; que relata que há marcas de calçados no portão, e por isso, afirma que o autor entrou pulando o local; que os Militares iniciaram suas diligências, e tomaram conhecimento de que o autor do furto poderia ser o menor infrator conhecido como "M."; que os Militares souberam ainda que M. poderia ter trocado os objetos furtados na casa do declarante, por drogas, com o indivíduo conhecido como "M.", de nome A.S.; que os Militares foram até a casa de A.S., e recuperaram diversos materiais de limpeza, e o par de tênis; que afirma que os materiais de limpeza e o tênis recuperados são de sua propriedade, e por isso, os tem devidamente restituídos, nesta oportunidade; que não pode afirmar que foi M. o autor do furto em sua residência, mas ouviu falar tais fatos, pelos Militares; que nada mais tem a informar que possa auxiliar na elucidação dos fatos ora noticiados; que nada sabe dizer acerca do envolvimento no tráfico de drogas de A.S. e R.V.P. [...] (Ordem 03, f. 11/12).

S.S.F. de Souza Freitas, vítima receptação: *"[...]que ratifico as declarações prestadas na fase policial; que não conheço nenhum dos envolvidos, porque mudei pra lá tem pouco tempo; que seu novo lá no bairro; que os materiais que a polícia arrecadou eu reconheci como sendo meus[...]"* (PJe mídias).

A apreensão do objeto furtado em poder do apelante inverte o ônus probatório e, uma vez não demonstrada a legitimidade da posse, acrescido do fato de se encontrar em harmonia com a prova coligida, transforma-se a presunção em certeza de autoria.

Eis a jurisprudência no mesmo sentido:

> Receptação dolosa. Prova. Indícios e circunstâncias. Suficiência. Nos casos de receptação, a só posse injustificada da coisa furtada faz presumir a autoria do ilícito, invertendo-se o ônus de prova, o que vale dizer, ao agente, para livrar-se da responsabilidade delitiva, caberá o ônus de fazer demonstração hábil em contrário (TJMG - AP nº 1.0183.04.067564-1/001. Rel. Des. Hyparco Immesi, j. em 01.12.2005, p. em 09.02.2006).

É sabido que a receptação dolosa se caracteriza pela consciência e vontade do agente dirigida à realização dos elementos objetivos do tipo. O agente do fato age sabendo que o bem é produto de crime. Não cabe aqui o dolo eventual, somente o direto, pois a lei penal exige a certeza e não a presunção, a desconfiança de que se trata de produto de crime, uma vez que o *caput* do art. 180 do Código Penal pressupõe que o agente saiba e tenha plena ciência da origem criminosa do bem.

Sobre o tema leciona o Prof. Júlio Fabbrini Mirabete:

> O dolo do crime de receptação própria é a vontade de adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar a coisa, ou a de influir para o terceiro o faça. Exige-se, porém, que o agente saiba que se trata de coisa produto de crime. Não basta, pois, a dúvida quanto à origem da coisa, própria do dolo eventual, o que caracteriza, nos termos legais, a receptação culposa (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 1454).

Ressaltou o i. Magistrado *a quo*:

> [...] Analisando os testemunhos apresentados, verifico que as versões dos fatos apresentadas tanto em fase administrativa, quanto em fase judicial, são harmoniosas, coerentes e apontam, sem sombras de dúvidas, para o acusado A. como o autor do crime narrado na peça vestibular, uma vez que os materiais apreendidos na posse do acusado, foram comprovadamente furtados da residência da vítima Sr. S.S.F., sendo inclusive reconhecidos e restituídos a vítima, e principalmente pelo fato do denunciado ter assumido que tinha ciência que "M." praticava furtos para sustentar seu vício e confessado que os fatos relativos ao furto eram verdadeiros.
>
> Inicialmente, cumpre mencionar que o tipo penal previsto para o crime de receptação prevê cinco núcleos: adquirir, receber, transportar, conduzir e ocultar, incorrendo neste crime qualquer indivíduo cuja conduta consista na prática de alguma dessas ações. Da análise das provas produzidas, os elementos de convicção dos autos deixam claro que o acusado, A.S., tinha pleno conhecimento da origem dos bens receptados. Pois, em se tratando de delito de receptação, o dolo do agente normalmente é aferido pelas circunstancias que envolveram a ação delitiva e, no caso em tela, os elementos probatórios autorizam concluir que o acusado tinha ciência da origem espúria dos bens apreendidos em sua residência, mormente face a sua confissão, e ciência de que o indivíduo "M." praticava furtos para sustentar seu vício [...] (f. 14/15, Ordem 98).

Certo é que pelas circunstâncias que cercaram o fato, demonstrado está que o apelante sabia da origem criminosa do bem.

Sendo assim, não há como acolher o pleito desclassificatório.

Prosseguindo, a pretensão de reconhecimento do privilégio previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não deve ser acolhida.

O apelante A. é possuidor de maus antecedentes e reincidente; já a acusada Rafael é reincidente, e ainda restou comprovado que se dedicavam a atividades criminosas, não preenchendo um dos requisitos essenciais para a concessão do beneficio do tráfico privilegiado.

Ademais, os policiais militares ressaltaram, em depoimentos prestados em juízo, que os apelantes já eram conhecidos por eles como traficantes de drogas/usuários.

A esse respeito:

> Apelação criminal. Tráfico de drogas. Nulidade. Procedimento. Aplicação do art. 400 do CPP. Rejeição. Desclassificação do crime do art. 33 da Lei nº 11.343/06 para o do art. 28 do mesmo diploma legal. Impossibilidade. Depoimentos de policiais. Validade. Aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Maus antecedentes. Não cabimento. Regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. - A Lei Antidrogas é especial em relação ao Código de Processo Penal e, portanto, não é causa de nulidade a realização do interrogatório antes da oitiva de testemunhas. - A apreensão de substâncias entorpecentes, balança e caderno de contabilidade em poder do acusado, bem como a prova oral produzida nos autos comprovam que a substância entorpecente apreendida tinha finalidade de entrega a terceiros. - Se restou apurado que o réu possui maus antecedentes, não se aplica o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. - Diante dos maus antecedentes do acusado, inviável é o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.15.195666-1/001, Rel. Des. Denise Pinho da Costa Val, 6ª Câmara Criminal, j. em 14.03.2017, p. em 29.03.2017).

Dosimetria das penas

Por outro lado, as penas-base devem ser reduzidas, eis que fixadas com excessivo rigor.

R.V.P.

Do crime de tráfico de drogas.

As penas-base foram fixadas acima dos mínimos, em 6 (seis) anos de reclusão, mais 600 (seiscentos) dias-multa, pela consideração desfavorável da natureza da droga apreendida (conforme art. 42 da Lei nº 11.343/06).

> [...] Na primeira fase, observo que, em se tratando de tráfico ilícito de entorpecentes, mister se faz analisar com preponderância a natureza, a quantidade da droga, bem como a personalidade e a conduta social do agente para fins de fixação da pena base. Considero que a natureza da droga apreendida é grave. Constata-se que foi apreendido na casa do réu crack, sendo esta droga detentora de alto poder viciante, degradante e causadora de ofensa à saúde do usuário, podendo, assim, ser valorada negativamente em desfavor do acusado; no tocante à quantidade de droga, verifico que foi apreendida grande quantidade de droga, haja vista ter sido apreendido 64 pedras de crack e uma pedra maior da mesma substância. Sendo assim considero que tal circunstância é negativa ao réu; em relação à conduta social, conforme já fundamentado nesta sentença, verifico que a ré tem sua conduta voltada para a marginalidade e para a prática de atividades ilícitas. No entanto, deixo de valorar tal circunstância como negativa ao réu uma vez que já utilizei tal fator para justificar a impossibilidade da aplicação do privilégio estampado no § 4°, do art. 33, da Lei de Drogas, evitando, desta maneira, o *bis in idem*; quanto à personalidade do agente, entendida como o conjunto de atributos psicológicos que determinam o caráter e a postura social da pessoa, à míngua de subsídios para sua aferição, deixo de valorá-la; quanto à culpabilidade, a conduta do acusado é reprovável, porém normal à espécie,

> pois inserida no próprio tipo, não podendo ser considerada desfavorável; quanto aos antecedentes, verifico que a ré possui uma condenação criminal transitada em julgado, a qual será analisada somente na segunda fase da dosimetria da pena para caracterizar a reincidência, evitando-se, assim, o *bis in idem*; o motivo do crime é a obtenção de lucro fácil e rápido, inerentes ao próprio delito; quanto às circunstâncias do crime, verifico que não foi utilizado nenhum meio peculiar para sua perpetração; em relação às consequências do crime, são as comuns ao tipo; por fim, tratando-se de crime praticado contra a coletividade (crime vago), não há o que se cogitar em comportamento da vítima.
>
> Tendo em vista as circunstâncias judiciais analisadas de forma individualizadas, considerando o quantum necessário à prevenção e reprovação do crime, bem como para a recuperação do agente, fixo a pena-base acima do mínimo legal em 6 (seis) anos de reclusão e a pena de multa em 600 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.
>
> Na segunda fase, conforme já fundamentado na presente sentença, verifico a presença da circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal Brasileiro) e também a presença da agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal Brasileiro), razão pela qual entendo necessário a compensação de uma com a outra, e assim mantenho a pena fixada na fase anterior e fixo a pena intermediária em 6 (seis) anos de reclusão e a pena de multa em 600 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.
>
> Na terceira fase, observo ausentes causas de aumento e de diminuição de pena.
>
> Sendo assim, fixo a pena definitiva do crime em questão em 6 (seis) anos de reclusão e a pena de multa em 600 (quinhentos e cinquenta) dias-multa [...].

Feitas essas considerações, passa-se a reestruturação das penas:

Na primeira fase, observadas as circunstâncias judiciais analisadas pelo douto juízo sentenciante, fixam-se as penas-base devem ser fixadas nos mínimos legais, isto é, em 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa.

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência, e, ainda, a atenuante da confissão espontânea, mantém-se a compensação aferida na sentença, resultando as penas provisórias em 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição ou causas de aumento de penas, totalizando as penas em 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa, fixado o valor do dia-multa no mínimo.

A.S.

Do crime de receptação.

Observa-se que o MM. Juiz *a quo* ao fixar as penas-base em 6 (seis) meses e 5 (cinco) dias-multa, acima dos mínimos, considerando a conduta social e os antecedentes desfavoráveis.

> [...]Na primeira fase, verifico que, quanto à culpabilidade, são aquelas normais do tipo, já valoradas pelo legislador; quanto à conduta social, em conforme já fundamentado nesta sentença, verifico que o réu tem sua conduta voltada para a marginalidade e para a prática de atividades ilícitas entendo que tal circunstância deve ser valorada negativamente ao réu; quanto à personalidade do agente, entendida como o conjunto de atributos psicológicos que determinam o caráter e a postura social da pessoa, não há elementos que militem em desfavor do réu; quanto aos antecedentes, verifico que tal circunstância é negativa ao réu, tendo em vista que o réu é detentor de 3 (três) condenações criminais transitadas em julgado, conforme já fundamentado, razão pela qual utilizarei duas (autos de n°. 0010939-33.2016.8.13.0166 e 0012939-98.2019.8.13.0166 como maus antecedentes e a outra (autos n°. 0007549-89.2015.8.13.0166) como agravante da reincidência, a qual será analisada na segunda fase da dosimetria, evitando, assim, o *bis in idem*; o motivo do crime não desborda do juízo de reprovação realizado pelo Legislador na tipificação do delito; quanto às circunstâncias do crime, são aquelas normais do tipo; quanto às consequências do crime, são as comuns ao tipo; por fim, no tocante ao comportamento da vítima, não há o que se valorar.
>
> Tendo em vista as circunstâncias judiciais analisadas de forma individual e sendo estas negativas ao acusado, bem como considerando o quantum necessário à prevenção e reprovação do crime e a recuperação do agente, fixo a pena-base do crime acima do mínimo legal em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e a pena de multa em 15 (quinze) dias-multa.
>
> Na segunda fase, conforme já fundamentado na presente sentença, verifico a presença da circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal Brasileiro) e também a presença da agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal Brasileiro), razão pela qual entendo necessário a compensação de uma com a outra, e assim mantenho a pena fixada na fase anterior e fixo a pena intermediária nesta segunda fase em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e a pena de multa em 15 (quinze) dias-multa.
>
> Na terceira fase, ausente causa de aumento ou diminuição da pena, razão pela qual mantenho a pena arbitrada na segunda fase desta dosimetria e fixo a pena final do crime de receptação 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e a pena de multa em 15 (quinze) dias-multa [...].

Todavia, conduta social é normal à espécie, não havendo elementos que denotem uma maior reprovabilidade da conduta.

Dissertando sobre a circunstância judicial da conduta social, o i. Magistrado Ricardo Schmitt, ensina que:

> Trata-se do comportamento do agente no seio social, familiar e profissional, sem se confundir com os antecedentes e a reincidência, os quais são reservados para fatos lícitos (criminosos). A conduta social tem caráter comportamental, revelando-se pelo relacionamento do acusado no meio em que vive, perante a comunidade, a família

> e os colegas de trabalho. Devem ser valorados o relacionamento familiar, a integração comunitária e a responsabilidade funcional do agente. Serve para se aferir sua relação de afetividade com os membros da família, o grau de importância na estrutura familiar, o conceito existente perante as pessoas que residem em sua rua, em seu bairro, o relacionamento pessoal com a vizinhança, a vocação existente para o trabalho, para a ociosidade e para a execução de tarefas laborais (SCHMITT, Ricardo. *In Sentença Penal Condenatória*, 6. ed., Ed. Jus Podivm, p. 92/93).

Assim, a conduta social do apelante deve ser considerada favorável.

Na primeira fase da dosimetria, considerando apenas os antecedentes como circunstância desfavorável ao apelante, fixam-se as penas-base em 1 (um) ano, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, presentes as circunstâncias da agravante da reincidência e da atenuante da confissão espontânea devem ser compensadas, conforme sentença.

Na terceira fase, ausentes causas gerais e especiais de diminuição ou de aumento de penas, totalizando-as 1 (um) ano, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, fixado o valor do dia-multa no mínimo.

Do crime de tráfico de drogas.

Do mesmo modo, as penas-base foram fixadas acima dos mínimos, em 7 (sete) anos de reclusão, mais 700 (setecentos) dias-multa, pela consideração desfavorável da culpabilidade, dos antecedentes e da natureza da droga apreendida (conforme art. 42 da Lei nº 11.343/06):

> [...] Na primeira fase, observo que, em se tratando de tráfico ilícito de entorpecentes, mister se faz analisar com preponderância a natureza, a quantidade da droga, bem como a personalidade e a conduta social do agente para fins de fixação da pena base. Considero que a da droga natureza apreendida é grave. Constata-se que foi apreendido na casa do réu crack, sendo esta droga detentora de alto poder viciante, degradante e causadora de ofensa à saúde do usuário, podendo, assim, ser valorada negativamente em desfavor do acusado; no tocante à quantidade de droga, verifico que foi apreendida grande quantidade de droga, haja vista ter sido apreendido 64 (sessenta e quatro) pedras de crack e uma pedra maior da mesma substância. Sendo assim considero que tal circunstância é negativa ao réu; em relação à conduta social, conforme já fundamentado nesta sentença, verifico que o réu tem sua conduta voltada para a marginalidade e para a prática de atividades ilícitas. No entanto, deixo de valorar tal circunstância como negativa ao réu uma vez que já utilizei tal fator para justificar a impossibilidade da aplicação do privilégio estampado no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, evitando, desta maneira, o *bis in idem*; quanto à personalidade do agente, entendida como o conjunto de atributos psicológicos que determinam o caráter e a postura social da pessoa, à míngua de subsídios para sua aferição, deixo de valorá-la; quanto à culpabilidade, a conduta do acusado é reprovável, porém normal à espécie, pois inserida no próprio tipo, não podendo ser considerada desfavorável; quanto aos antecedentes, verifico que tal circunstância é negativa ao réu, tendo em vista que o

> réu é detentor de 3 (três) condenações criminais transitadas em julgado, conforme já fundamentado, razão pela qual utilizarei duas (autos de n°. 0010939-33.2016.8.13.0166 e 0012939-98.2019.8.13.0166 como maus antecedentes e a outra (autos n°. 0007549-89.2015.8.13.0166) como agravante da reincidência, a qual será analisada na segunda fase da dosimetria, evitando, assim, o *bis in idem*; o motivo do crime é a obtenção de lucro fácil e rápido, inerentes ao próprio delito; quanto às circunstâncias do crime, verifico que não foi utilizado nenhum meio peculiar para sua perpetração; em relação às consequências do crime, são as comuns ao tipo; por fim, tratando-se de crime praticado contra a coletividade (crime vago), não há o que se cogitar em comportamento da vítima.
>
> Tendo em vista as circunstâncias judiciais analisadas de forma individualizadas, considerando o quantum necessário à prevenção e reprovação do crime, bem como para a recuperação do agente, fixo a pena-base acima do mínimo legal em 7 (sete) anos de reclusão e a pena de multa em 700 (setecentos) dias-multa.
>
> Na segunda fase, conforme já fundamentado na presente sentença, verifico a presença da circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal Brasileiro) e também a presença da agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal Brasileiro), razão pela qual entendo necessário a compensação de uma com a outra, e assim mantenho a pena fixada na fase anterior e fixo a pena intermediária em 7 (sete) anos de reclusão e a pena de multa em 700 (setecentos) dias-multa.
>
> Na terceira fase, observo ausentes causas de aumento e de diminuição de pena.
>
> Sendo assim, fixo a pena definitiva do crime em questão em 07 (sete) anos de reclusão e a pena de multa em 700 (setecentos) dias-multa [...]

Entretanto, a culpabilidade que deve ser entendida, como a *"reprovação social que o crime e o autor do fato merecem"* (NUCCI, Guilherme de Souza. *in Individualização da Pena*, 2. ed., rev., atual., ampl., São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 171), não pode ser analisada em desfavor do agente, de tal sorte que a sua conduta não extrapolou as raias do próprio tipo penal.

De igual modo, a conduta social do apelante deve ser considerada favorável, conforme já explicitado.

Na primeira fase, assim, considerando os antecedentes como circunstância desfavorável e a natureza da droga apreendida, fixam-se as penas-base em 6 (seis) anos, 3 (três) meses e 0 dia, e 625 dias-multa.

Na segunda fase, reconhecidas as circunstâncias da agravante da reincidência e da atenuante da confissão espontânea pelo MM. Juiz *a quo*, compensando-as, totalizando as penas, nesta fase, em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e de diminuição de pena, tornando as penas definitivas do crime em questão em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.

No que tange ao pedido de aplicação do concurso formal entre os crimes da Lei de Tóxicos e do Código Penal, novamente, sem razão.

Isso porque, os referidos crimes não foram praticados mediante uma só ação, já que os desígnios de adquirir, receber, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime e de manter em depósito entorpecente destinado à comercialização mostraram-se independentes, não se aplicando a regra do concurso formal (art. 70 do Código Penal).

Pelo concurso material previsto no art. 69 do Código Penal, totalizam-se as penas em: 7 (sete) anos, 4 (meses) e 15 (quinze) de reclusão e pagamento de 636 (seiscentos e trinta e seis) dias-multa, fixado o valor do dia-multa no mínimo.

Quanto aos pedidos de abrandamento do regime de cumprimento inicial das penas reclusivas impostas, razões não assistem aos recorrentes.

Verifica-se que os réus são reincidentes, mais, A. é portador de maus antecedentes, conforme demonstrado na CAC de Ordem 94/96, eis que definitivamente condenados; R. pelos crimes de lesão corporal c/c ameaça, A. pelos crimes de furto qualificado e furto majorado pelo repouso noturno, antes da prática do delito sub judice.

Simplesmente porque os apelantes, apesar de suportarem a imposição de uma pena privativa de liberdade inferior a oito anos são reincidentes.

Demais disso, dispõe a Súmula nº 269 do colendo Superior Tribunal de Justiça, *"é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatros anos se favoráveis as circunstâncias judiciais"*.

Assim, em razão da reincidência, o regime prisional fechado é adequado, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *a* do Código Penal, bem como o entendimento sumulado pelo STJ, sendo suficiente para a reprovação da conduta e prevenção delitiva.

Nesse sentido colha-se o julgado:

> Apelação criminal. Lesão corporal de natureza grave. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. Réu reincidente. Regime semiaberto. Imposição. - Demonstradas, *quantum satis*, a autoria e a materialidade do injusto, a condenação, à falta de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, é medida que se impõe. - Sopesadas as circunstâncias judiciais em favor do condenado - reincidente - a pena não superior a quatro anos, define-se, para seu cumprimento, o regime prisional semiaberto (Súmula nº 269 do STJ) (TJMG - Apelação Criminal nº 237.115-4, Relator Fortuna Grion, j. em 09.03.2010).

Do mesmo modo, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos devido à reincidência dos apelantes, ocorrendo vedação expressa do benefício no art. 44, II, do Código Penal.

Prescreve o aludido art. que:

> As penas restritivas de direitos são autônomas e subsistem as privativas de liberdade quando:
>
> I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
>
> II - o réu não for reincidente em crime doloso;
>
> [...]
>
> § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

No tocante ao pedido de fixação dos honorários advocatícios, verifica-se que razão assiste aos nobres Defensores nomeados, tendo em vista as interposições dos recursos de apelação.

Nos termos do art. 85, § 2º, do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), os honorários advocatícios devem ser fixados observados a dificuldade, o tempo, o zelo e o mérito do trabalho prestado.

Portanto, verificado os trabalhos dos doutos defensores (Dr.ª Mariana Aparecida Bento e Dr. Alexandre Batista da Silva), fixam-se os honorários advocatícios em R$500,00 (quinhentos reais) para cada um.

Quanto aos honorários em razão da atuação dos defensores mencionados no 1º Grau de Jurisdição, deverá ser pleiteado junto ao juízo de primeiro grau, sob pena de supressão de instância, uma vez que a sentença não arbitrou honorários aos defensores pelo trabalho desenvolvido.

Finalmente, o pleito de concessão da assistência judiciária encontra-se prejudicado, porque já concedida a referida benesse em primeiro grau de jurisdição.

À luz do exposto, dá-se parcial provimento aos recursos para reduzir as penas aplicadas em desfavor dos acusados, concretizando-as em:

R.V.P.: art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, c/c o art. 65, III, *d,* do Código Penal, 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, regime fechado, pagamento de 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa, fixado o valor do dia-multa no mínimo.

A.S.: art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, c/c o art. 61, inciso I e art. 65, III, *d,* do Código Penal e no art. 180 c/c o art. 61, inciso I e art. 65, III, *d*, na forma do art. 69, todos do Código Penal, 7 (sete) anos, 4 (meses) e 15 (quinze) de reclusão, em regime fechado, pagamento de 636 (seiscentos e trinta e seis) dias-multa, fixado o valor do dias-multa no mínimo.

Custas na forma da sentença.

Votaram e acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DES. FORTUNA GRION (REVISOR) E MARIA LUÍZA DE MARILAC.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Apelação criminal - Roubo majorado - Crime único - Reconhecimento - Impossibilidade - Patrimônios de vítimas distintas atingidos - Continuidade de delitiva - Inocorrencia - Concurso formal de crimes próprio - Reconhecimento de ofício - Necessidade

- Apesar de a ação ter sido praticada em um mesmo contexto fático, dela decorreu uma pluralidade de violações a bens jurídicos de pessoas diferentes, e por isso, impossível o reconhecimento da ocorrência de crime único.

- Para a caracterização do instituto do crime continuado é necessária a ocorrência de mais de uma ação ou omissão, que produzam vários resultados, o que não é o caso dos autos.

- Configura hipótese de concurso formal próprio de delitos se o fim arquitetado pelos agentes foi o de assaltar a loja, tendo, contudo, subtraído também os aparelhos celulares pessoais das vítimas que estavam dentro da loja, o que não é suficiente para demonstrar a existência de desígnios autônomos.

Apelação Criminal nº 1.0005.21.000738-0/001 - Comarca de Açucena - Apelante: R. J. F. L. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Relator: Jd. Convocado Evaldo Elias Penna Gavazza.

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 e, de ofício, reconhecer o concurso formal próprio de crimes.

Belo Horizonte, 23 de junho de 2022. – *Evaldo Elias Penna Gavazza* – Relator.

Voto

JD. CONVOCADO EVALDO ELIAS PENNA GAVAZZA – M. T. S. E. e R. J. F. L., qualificados nos autos, foram denunciados como incursos nas sanções do art. 157, § 2º, inciso II e VII, do Código Penal.

Narra a denúncia, que no dia 20 de novembro de 2020, na Loja X, situada na Rua X, nº X, X, na cidade de X, os denunciados teriam subtraído, mediante violência e ameaça com emprego de arma branca, 13 (treze) celulares pertencentes às vítimas G. G. F. P., H. V. C. e D. W. O. F.

A denúncia foi recebida em 3 de dezembro de 2020 (f. 68/69v) e, após regular instrução criminal, o presente feito foi desmembrado em relação ao denunciado M. T. S. E., e o acusado R. foi condenado como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, II e VII, por três vezes, nos termos do art. 70, ambos do Código Penal, a uma reprimenda total de 15 (quinze) anos, 1 (um) mês e 9 (nove) dias de reclusão,

em regime inicial fechado e ao pagamento de 36 (trinta e seis) dias-multa, no valor mínimo de um trigésimo do salário mínimo (f. 155/159v).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação (f. 173), sustentando que, apesar de ter sido reconhecido o concurso formal de crimes pelo magistrado, as circunstâncias fáticas levam a crer que na verdade ocorreu um crime único. Isso porque, apesar de terem sido subtraídos patrimônios de vítimas distintas, os mesmos se encontravam no mesmo local, ressaltando ainda que o *animus furandi* do réu seria apenas em relação ao estabelecimento comercial, não estendendo em relação aos bens pessoais das funcionárias.

Subsidiariamente, pugna pelo reconhecimento da continuidade delitiva, sob o argumento que os crimes perpetrados pelo réu são da mesma espécie, e foram praticados em continuidade temporal e espacial.

Em contrarrazões (f. 185/189) o Ministério Público do Estado de Minas Gerais pugna pelo conhecimento e improvimento do recurso.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se opinando pelo conhecimento, e no mérito não provimento do recurso. De ofício, é pela concessão de habeas corpus, reconhecendo o concurso formal próprio de crimes, em detrimento de concurso formal impróprio.

Em síntese, é o relatório. Passo ao voto.

Conheço do recurso eis que próprio, tempestivo e regularmente processado.

1 - Mérito.

Narra a denúncia que, na data dos fatos, o ora recorrente R. J., juntamente com outro indivíduo, teria entrado em uma loja da X, no distrito X, e, mediante ameaça e violência, exercidas pelo uso de arma branca, subtraíram 13 (treze) aparelhos celulares no estabelecimento, sendo 11 (onze) aparelhos novos da vitrine da loja, e 2 (dois) aparelhos das funcionárias.

Em relação à materialidade e autoria do delito, entendo que não subsistem dúvidas, eis que sequer foram objetos de irresignação defensiva.

A controvérsia cinge-se no concurso de crimes, de modo que a defesa pleiteia o reconhecimento de crime único e, na eventualidade de não ser este o entendimento, pelo reconhecimento da continuidade delitiva.

Entretanto, não vejo motivos para acolhimento da tese defensiva.

Apesar de a ação ter sido praticada em um mesmo contexto fático, dela decorreu uma pluralidade de violações a bens jurídicos de pessoas diferentes, quais sejam, G. G. F. P., proprietária da Loja X, H. V. C. e D. W. O. F.

O próprio réu, inclusive, confessou a autoria delitiva e narrou com detalhes como se deu a empreitada criminosa, confirmando a subtração não só dos celulares que estavam expostos no estabelecimento comercial, como também dos aparelhos pessoais das funcionárias (vide registro audiovisual).

Dessa forma, embora o modus operandi perpetrado tenha sido único, mediante uma só ação, o fato de terem sido atingidas três vítimas distintas, por si só, configura o concurso formal de crimes, nos exatos termos do art. 70, *caput*, do Código Penal.

É o que leciona o ilustrado professor J. F. M.: "[...] Há concurso formal no roubo quando, com uma só conduta, embora composta por vários atos, são duas ou mais as vítimas da subtração [...]" (*in* Código Penal Interpretado. 4ª Ed, Atlas: São Paulo, 2003, p. 1.198).

É também pacífico o entendimento jurisprudencial que corrobora este posicionamento:

> Penal e Processo Penal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Crime de Roubo Praticado com Emprego de Arma, em Concurso de Pessoas e Restrição de Liberdade das Vítimas. Desclassificação para o Delito de Furto. Ausência de Violência. Revolvimento de Matéria Fático-Probatória. Incidência da Súmula 7/STJ. Pena-Base. Culpabilidade. Fundamentação Idônea. Concurso Formal. Pleito de Reconhecimento de Crime Único. Improcedência. Patrimônios de Vítimas Distintas. Agravo Regimental Não Provido. [...] 4. A Corte de origem decidiu no mesmo sentido da jurisprudência do STJ de que, praticado o crime de roubo em um mesmo contexto fático, mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, tem-se configurado o concurso formal de crimes, e não a ocorrência de crime único, visto que violados patrimônios distintos. 5. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp nº 1910762/RJ, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. em 09.11.2021, *DJe* de 12.11.2021).
>
> Apelação Criminal. Roubo Majorado. Redução da Pena-Base Aquém do Mínimo Legal. Impossibilidade. Pedido de Afastamento da Causa de Aumento de Pena do Emprego de Arma de Fogo. Ausência de Comprovação da Potencialidade Lesiva. Irrelevância. Concurso Formal. Aplicação. Pagamento das Custas. Isenção. Matéria Afeta ao Juízo da Execução. [...] - É cabível o reconhecimento do concurso de crimes, quando da narrativa da denúncia é possível concluir que por meio de uma ação o réu praticou mais de um delito, atingindo vítimas distinta. [...] (TJMG - Apelação Criminal 1.0549.21.000146-3/001, Relator: Des. Marcos Flávio Lucas Padula, 5ª Câmara Criminal, j. em 07.12.2021, p. em 15.12.2021).

De mesmo modo, não merece guarida o pedido de reconhecimento do crime continuado.

A continuidade delitiva somente se aplica nas hipóteses em que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e em condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes, fazendo-se pressupor que os subsequentes são uma continuação do primeiro.

No caso dos autos, o apelante praticou uma única ação, a qual resultou em três crimes distintos. Já por este simples fato, sem nem ao menos analisar os demais requisitos do crime continuado, previsto no art. 71 do Estatuto Penal, torna-se impossível o reconhecimento de tal continuidade, sendo mesmo hipótese de concurso formal, consoante corretamente aplicado pelo MM. Juiz sentenciante.

Por isso, deve-se manter o reconhecimento do concurso formal de crimes, conforme feito na sentença.

Ocorre que, como bem registrado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, ao contrário do que reconhecido pelo juízo de primeiro grau, no caso em apreço, o concurso de crimes que melhor se enquadra às ações perpetradas pelo réu é o concurso formal próprio, e não o impróprio.

Isso porque, conforme demonstrado nos autos, os autores, em um mesmo contexto fático, mediante uma única ação, subtraíram bens de vítimas distintas.

Nesta esteira, constata-se que na verdade, a pretensão do apelante era adentrar no estabelecimento comercial ora vítima e roubar as pessoas que ali estavam. Ainda que a ação tenha se desdobrado e atingido o patrimônio de mais de uma vítima, não há que se falar em desígnios autônomos, uma vez que inexistem provas que apontem com segurança eventual segunda intenção delitiva.

Sobre o tema, é o que vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

> Agravo Regimental. Agravo em Recurso Especial. Roubo Circunstanciado. Subtração de Patrimônios Diversos. Mesmo Contexto Fático. Concurso Formal Próprio. Caracterização. Agravo Desprovido. 1. Entende-se caracterizado o concurso formal próprio quando ocorre subtração de bens, mediante uma só ação, num mesmo contexto fático, contra vítimas diversas, alcançando patrimônios diferentes. Precedentes. 2. No caso dos autos, a Corte de origem entendeu acerca da caracterização do concurso formal próprio, considerando a subtração ocorrida no mesmo momento, atingindo vítimas e patrimônios diversos. 3. A alteração das conclusões apresentadas pelo Tribunal estadual ensejaria o vedado revolvimento de fatos e provas, inviável na via especial, nos termos do óbice da Súmula nº 7/STJ. 4. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp nº 1643848/PR, Relator: Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, j. em 23.06.2020, *DJe* de 04.08.2020).

Nas palavras de Bitencourt, o concurso formal próprio ocorre quando:

> "a unidade de comportamento corresponde à unidade interna da vontade do agente, isto é, o agente deve querer realizar apenas um crime, obter um único resultado danoso"; ao passo que no concurso formal impróprio o agente sabe e deseja a realização de mais de um crime, "tem consciência e vontade em relação a cada um deles. Ocorrer aqui o que o Código Penal chama de 'desígnios autônomos', que se caracteriza pela unidade de ação e multiplicidade de determinação de vontade, com diversas individualizações" (BITENCOURT, Cezar Roberto; Tratado de Direito Penal: parte geral, vol. 1; São Paulo: Saraiva, 2006, p. 719).

In casu, como já registrado, a intenção precípua dos réus era cometer o roubo em face da loja, e não as várias pessoas determinadas, como de fato ocorreu.

E sendo assim, não me parece razoável, nem tampouco proporcional em termos de resposta estatal à conduta perpetrada, que os réus sejam apenados com o concurso formal impróprio, que resulta no somatório da pena imposta a cada ação delitiva.

No mesmo sentido, os seguintes julgados:

> Apelação Criminal. Crimes Contra o Patrimônio Roubo (Art. 157, § 2º, Incisos I, II E V, por Cinco Vezes, do CP). Sentença Condenatória. Recursos Defensivo e Ministerial. Reconhecimento da Inexigibilidade de Conduta Diversa. Não Configuração. Pena Base. Redimensionamento. Inadmissibilidade. Fração da Reincidência. Alteração. Necessidade. Aumento Pelas Majorantes. Critério Qualitativo. Súmula 443 do STJ. Fração Alterada. Reconhecimento de Crime Único. Inaplicabilidade. Vítimas Distintas. Reconhecimento do Concurso Formal Próprio Entre os Delitos. Viabilidade. Sentença Reformada Parcialmente. [...] - Não comprovada à diversidade de desígnios quando da prática dos crimes e, tendo em vista que as subtrações foram empreendidas num único contexto de ações, não há que se falar em concurso formal impróprio, devendo ser aplicado o disposto no art. 70, 1ª parte, do CPB (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0145.17.023117-2/001, Relator: Des. Wanderley Paiva, 1ª Câmara Criminal, j. em 07.12.2021, p. em 13.12.2021).
>
> Apelações. Roubos Majorados. Preliminar: Nulidade da Sentença. Ausência de Apreciação de Teses Defensivas. Rejeição. Mérito: Minorante da Tentativa. Aplicação. Agravante de Crime Cometido Durante Período de Calamidade Pública. Decote. Majorante de Restrição à Liberdade da Vítima. Incidência. Pena-Base. Manutenção. Multa. Decote ou Redução do Valor. Inadmissibilidade. Reconhecimento do Concurso Formal Impróprio. Designios Autônomos Não Evidenciados. Manutenção do Concurso Formal Próprio. Regime. Abrandamento Para Um dos Réus. [...] 7 - Nas hipóteses em que os crimes forem praticados contra vítimas distintas, no mesmo contexto fático, mas não havendo comprovação que o Agente agiu com desígnios autônomos em relação a cada delito aplica-se o Concurso Formal Próprio, em detrimento do Impróprio. 8 - O regime inicial de cumprimento de pena deve observar os requisitos previstos no art. 33, § 2º e § 3º, do CP (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0470.20.002844-2/001, Relator: Des. Octavio Augusto De Nigris Boccalini, 3ª Câmara Criminal, j. em 07.12.2021, p. em 17.12.2021).

Dito isso, entendo como pertinente ao caso o que determina a primeira parte do art. 70, do CP, vejamos:

> Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Assim, aplicada a pena de 5 (cinco) anos e 13 (treze) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa a cada um dos delitos, necessário o aumento da reprimenda em 1/4 (um quarto), devido à quantidade de patrimônios atingidos (13 celulares pertencentes à 3 vítimas distintas).

Assim, reestruturo a pena anteriormente fixada, passando a fixa-la em 6 (seis) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, em razão da primariedade e bons antecedentes do recorrente, além do quantum da pena aplicada, em consonância ao disposto no art. 33, § 2º, "b", fixo no regime semiaberto.

2 – Conclusão.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso defensivo.

De ofício, entretanto, acolho o parecer da d. PGJ, a fim de reconhecer o concurso formal próprio de crimes.

É como voto.

Custas na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Eduardo Brum e Guilherme de Azeredo Passos.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO E, DE OFÍCIO, RECONHECER O CONCURSO FORMAL PRÓPRIO DE CRIMES.

Apelação criminal - Delitos de lesão corporal na direção de veículo automotor (art. 303 do CTB) e abandono do local do acidente (art. 305 do CTB) - Absolvição pelo crime do art. 303 do CTB - Inviabilidade - Provas suficientes de autoria e materialidade - Culpa exclusiva da vítima não evidenciada - Absolvição pelo delito do art. 305 do CTB - Possibilidade - Inconstitucionalidade declarada pela Corte Superior deste tribunal - Redução do tempo de suspensão do direito de dirigir - Possibilidade - Recurso parcialmente provido

- A inobservância do dever de cuidado objetivo exigível do agente torna a sua conduta antijurídica e culpável, o que a possibilita a repreensão.

- Se as provas produzidas formam um conjunto probatório harmônico e desfavorável ao apelante, ausentes quaisquer elementos que indiquem ser o ofendido o único responsável pelo acidente, não há como acolher o pedido de absolvição pelo crime de lesão corporal na direção de veículo automotor.

- Deve ser decretada a absolvição do réu em relação ao crime previsto no art. 305 do CTB, em razão de sua incompatibilidade com o direito fundamental previsto no art. 5º, LXIII, CR/88 (direito ao silêncio).

- Inconstitucionalidade declarada pela Corte Superior deste Tribunal de Justiça.

- A pena de suspensão de habilitação para conduzir automóveis deve se subsumir à proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, quando inexistir motivação suficiente para uma imposição maior.

- Recurso provido em parte.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0123.20.001725-9/001 - Comarca de Capelinha - Apelante: M.R.A. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. - Relator: Des. Doorgal Borges de 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 dar parcial provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 8 de junho de 2024. - *Doorgal Borges de Andrada* - Relator.

Voto

DES. DOORGAL BORGES DE ANDRADA - Trata-se de apelação criminal, interposta por M.R.A., em face da r. sentença de f. 217/229, pela qual restou condenado nas iras dos arts. 303, §1º, I e III, e § 2º, c.c. 302, § 2º, I, e 305, todos da Lei nº 9.503/97, na forma do art. 69 do CP, à pena total de 5 (cinco) anos e 09 (nove) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, além da suspensão do direito de dirigir veículo automotor pelo período de 2 (dois) anos e do dever de indenizar a vítima no montante de dez mil reais.

Nas razões recursais de f. 238-v/242-v, pugna a defesa pela absolvição por insuficiência de provas. Invoca os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Argumenta que não restou evidenciada a culpa do acusado no acidente; que inexistem elementos no sentido de que ele teria invadido a contramão direcional; que, não obstante o comparecimento dos policiais militares no local, não houve o acionamento do setor de perícia da Polícia Civil, medida que poderia determinar o local exato da colisão. Sustenta que os depoimentos colacionados são contraditórios; que o réu pediu às pessoas que acionassem o SAMU após o acidente; que ele apenas saiu do local por temer represálias dos familiares do ofendido; que não há provas suficientes da materialidade e da autoria delitivas. Pede o provimento do recurso, nos moldes arrazoados.

Contrarrazões ministeriais, às f. 248/253, pleiteando pela manutenção do *decisum*.

A d. Procuradoria de Justiça pronunciou-se no sentido do não provimento do apelo (f. 261/270).

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

De acordo com a denúncia, no dia 20 de setembro de 2020, por volta das 13h, na Rodovia LMG 723, Km 15, município e comarca de Capelinha/MG, o acusado M.R.A., deixando de observar seu dever de cuidado objetivo, agindo com imprudência, sob a influência de álcool, praticou, culposamente, lesão corporal de natureza gravíssima na direção de veículo automotor contra a vítima A.S.G., além de deixar de prestar socorro ao mencionado ofendido.

Consta ainda que, no local, no horário e data aludidos, o acusado, que conduzia veículo automotor, afastou-se do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil.

Conforme a peça inaugural, no dia citado, o acusado, que não era habilitado para conduzir veículo automotor, tomou seu automóvel, após ingerir bebida alcoólica, e veio a conduzi-lo pela rodovia LMG 723, quando, na altura do Km 15, ao fazer uma curva, colidiu seu veículo contra a motocicleta conduzida pela vítima A.S.G. e que tinha como passageira a ofendida L.P.S.

Narra que o acusado, devido à ingestão de álcool, estava desprovido do controle necessário para a condução do veículo, conforme demonstra o teste de etilômetro realizado à f. 30.

Portanto, a ocorrência do evento danoso era perfeitamente previsível para o acusado, já que sabia ele que, diante da sua embriaguez aliada à sua incapacitação, estava propenso a colidir, a qualquer momento, com veículos que viessem na direção contrária da pista, podendo provocar acidente.

Dessa forma, sabendo dos riscos de um possível acidente, o denunciado tomou seu veículo, quando, transitando pela rodovia acima mencionada, chocou-se contra o veículo que era conduzido pela vítima A.S.G., a qual foi socorrida em estado grave e sofreu perda de membro, em razão da amputação de dois dedos do pé esquerdo, conforme atestado médico à f. 31.

Por fim, consta da exordial acusatória que o denunciado evadiu-se do local na sequência, deixando de prestar socorro à vítima gravemente ferida e afastou-se do local do acidente, buscando fugir à responsabilidade penal e civil.

Do delito de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor.

A materialidade restou evidenciada pelo APFD de f. 02/07, BO e anexos fotográficos (f. 12/29), extratos de f. 30, atestado médico de f. 31, ACD de f. 117/118, bem como pela prova oral colacionada.

Acerca da configuração do tipo, leciona Guilherme de Souza Nucci: "[...] o objeto material é a pessoa lesionada, vítima da conduta do agente; o objeto jurídico é, primordialmente, a integridade física do ser humano, mas, secundariamente, a segurança viária" (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 6ª ed. rev. atual. e ref. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 2. p. 713).

Percebe-se, então, que a avaliação pericial colacionada às f. 117/118, meio de prova congruente e idôneo, atestou a materialidade do crime.

A autoria, igualmente, ressai induvidosa, não obstante o acusado afirme que a culpa foi exclusivamente da vítima.

Válido frisar que, embora não realizada a perícia no local do acidente, a fim de que fosse determinado o local exato da colisão, verifica-se que as demais provas colacionadas não deixam dúvidas acerca da dinâmica dos fatos.

Sob essa égide são as declarações prestadas pelo ofendido em juízo (mídia digital anexada à f. 188). Na ocasião, aduziu estar se deslocando pela via em sua motocicleta, tendo com passageira sua namorada; que estava sendo seguido pelo veículo ocupado por sua irmã, seu cunhado e seus dois filhos; que estava descendo pela pista quando notou que um automóvel começou a invadir sua mão direcional; que reduziu a velocidade, esperando que o agente saísse e voltasse para a pista correta; que tardou em perceber que o acusado não se retiraria de sua mão direcional, sendo então atingido. Afirmou ter sofrido lesão na face, fratura no fêmur e no pé, perdendo ainda dois dedos; que perdeu a consciência apos a colisão; que sua irmã visualizou o acidente e relatou que o acusado saiu do carro, olhou para sua situação, disse para que chamassem o SAMU e depois saiu do local; que sua irmã também lhe relatou que o réu estava bastante alterado, com sinais de embriaguez.

Também ouvida em juízo, conforme se vê da mídia digital acostada à f. 188, a informante A.S.G., irmã do ofendido, asseverou estar em um carro que acompanhava a motocicleta conduzida pela vítima. Alegou ter visualizado quando o automóvel do acusado invadiu a pista, seguiu para cima da moto e atingiu seu irmão; que o acusado desceu do veículo, olhou para o ofendido e disse para que acionassem o SAMU, evadindo posteriormente do local; que notou que o réu estava embriagado; que a vítima ainda faz tratamento médico em decorrência das lesões sofridas no acidente.

No mesmo sentido, asseverou a testemunha L.G.A., que estava no veículo atrás da motocicleta conduzida pela vítima, que estava finalizando uma curva, quando o carro do réu atingiu o veículo da vitima; que o acusado M. estava na contramão de direção; que o agente não fez menção de parar o carro; que a motocicleta estava na pista correta; que viu que o acusado estava com dificuldades para descer do veículo (mídia digital anexada à f. 188).

Outrossim, nas declarações de f. 02/04 prestadas pelo policial militar G.V.E.S.:

> [...] que solicitados pela sala de operações da 23ª CIA PM Independente, comparecemos na LMG 723, na altura do Km 15, no município de Capelinha, onde ocorrera uma colisão frontal entre veículos com vítima não fatal quando da nossa presença no local dos fatos, a motocicleta de placa Hia-1549 Honda/CG 150 Fan Esi, emplacada no município de Nova Serrana, encontrava-se tombada às margens da rodovia, tendo o seu condutor Sr. A.S.G. sido socorrido em estado grave pelo "SAMU" até ao pronto atendimento no HPS da cidade de Capelinha, onde permaneceu sob cuidados médicos, bem como a passageira que encontrava-se na motocicleta, Srª. L.P.S., que também fora socorrida pelo "SAMU" juntamente com o Sr. A. em contato com a guarnição do turno na cidade de capelinha, a qual era comandada pelo 3° Sgt. PM E., que foram os primeiros a chegarem no local, este relatou-nos que o veículo de placa HAR-7592 VW/Polo Sedan 1.6, emplacado no município de Angelândia-MG, o qual teria sido o causador do acidente, havia evadido e sido encontrado abandonado há 5 (cinco) km após o sinistro, aproximadamente na altura do km 20, e o seu condutor havia evadido e tomado rumo ignorado. Conforme relatos das testemunhas qualificadas em campo próprio deste REDS, o condutor do veículo "VW/Polo", seria a pessoa do Sr. M.R.A., conhecido pela alcunha de "M. do M." diante ao exposto, a guarnição do Sr. 2° Ten. PM R., que encontrava-se como CPU coordenador de policiamento da unidade, saiu em rastreamento e deslocou até a localidade de "grotão do maracujá", onde depararam com o Sr. M., o qual relatou que era o condutor do veículo envolvido no acidente, no que fora dado voz de prisão em flagrante, tendo dito os seus direitos constitucionais. Em ato contínuo, ao deslocarem para a cidade de Capelinha, o Sr. M. fora repassado à guarnição de policiamento rodoviário, que tomaram as providências de praxe, dentre as quais o autor fora convidado a submeter-se ao teste de ar alveolar com o uso do etilômetro, sendo efetuado o teste de NR 0652 o que aferiu a medida de 0,82 mg/l, onde esperamos o tempo necessário e fora efetuado o contraprova de NR 0653 e aferido a medida de 0,74 mg/l. em diálogo com o Sr. M., esse relatou que seguia pela LMG 723, sentido a comunidade do "São Felipe" para a cidade de Capelinha, onde, na altura do Km 15, ao efetuar uma curva para a esquerda, viu que veio passar em cima da faixa amarela, e que o condutor que seguia em direção contrária, também veio atingir o meio da pista sobre a faixa amarela, não sendo possível desviar, culminando assim a colisão frontal. Não

> fora possível colher a versão do Sr. A., uma vez que quando da nossa presença no HPS, o médico, e em estado de saúde gravíssimo, sem condições de nos fornecer detalhes do ocorrido. Também não efetuamos o teste de ar alveolar com o uso do etilômetro, junto ao sr. A., devido à situação a qual ele se encontrava. Em contato com a testemunha senhora A.S.G.A., que deslocava em um veículo que ia na retaguarda da motocicleta e no mesmo sentido, essa relatou-nos que o veículo "VW/Polo" atingiu a contramão de direção, vindo colidir contra a motocicleta, vindo jogar a motocicleta e seus ocupantes em cima de um barranco ali existente. Segundo relatos do sr. L.G.A., qualificado como testemunha, ele relatou-nos que havia vendido o veículo para o sr. M., o qual, antes de deslocar da comunidade de "São Felipe", fez uso contínuo de bebida alcoólica. Os veículos encontravam-se com a documentação em dia, porém foram apreendidos e conduzidos ao pátio credenciado pelo Detran "exemplo", conforme ficha de vistoria que seguirá junto ao REDS, uma vez que o condutor da motocicleta não possui habilitação e o condutor do VW/Polo evadiu do local e também é inabilitado [...].

Ouvido em juízo, conforme se vê da mídia digital acostada à f. 188, a referida testemunha confirmou suas declarações extrajudiciais. Asseverou, ainda, que os policiais se depararam com o veículo do réu cerca de cinco quilômetros do local do acidente; que a vítima estava em um estado de saúde bem delicado; que o acusado se submeteu ao teste do etilômetro; que constataram que o autor não possuía habilitação e apresentava sinais de embriaguez.

Na mesma linha é o depoimento judicial prestado pela testemunha policial F.J.M. (mídia digital acostada à f. 188).

Registre-se que, para a configuração do delito culposo, é necessária a conjugação dos seguintes elementos:

a) conduta humana: ação ou omissão;

b) inobservância do dever de cuidado objetivo (imprudência, negligência ou imperícia);

c) resultado lesivo;

d) relação de causalidade;

e) previsibilidade, ou seja, a possibilidade de se prever nas circunstâncias e nas condições pessoais do agente, o evento danoso;

f) tipicidade.

A inobservância do dever de cuidado objetivo está intimamente ligada à previsibilidade do resultado, de modo que quanto mais previsível o fato, maior deve ser o cuidado objetivo do sujeito.

In casu, observa-se que seria perfeitamente previsível para o acusado a possibilidade de vir a ocasionar um acidente, dando causa a um resultado lesivo, o que efetivamente aconteceu.

Cumpre salientar que a versão apresentada pela testemunha E.V.M. não desnatura a ocorrência do crime, na medida em que afirma que ambos os condutores, vítima e acusado, dirigiriam invadindo

as respectivas contramãos direcionais, aduzindo que ambos teriam agido com culpa para a ocorrência do acidente (mídia digital anexada à f. 188).

Ainda que a vítima tivesse contribuído para a ocorrência do evento, tal fato não afastaria a culpabilidade do acusado. Com efeito, somente a culpa exclusiva do ofendido é causa de exclusão da responsabilidade do agente, uma vez que o nosso sistema jurídico penal não admite a compensação de culpas.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte:

> Apelação criminal. Homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor. Fato exclusivo da vítima. Inocorrência. Descumprimento do dever objetivo de cuidado. Culpa caracterizada. Compensação de culpas na esfera penal. Impossibilidade. Condenação mantida. Suspensão do direito de dirigir. Critérios de fixação. Variação legal e proporcionalidade com a privativa de liberdade imposta. Modificação da pena substitutiva imposta. Inadmissibilidade. - Demonstrado que o agente, inobservando o dever de cuidado objetivo exigido na direção de veículo automotor de via terrestre, contribuiu, por imprudência, para o evento que deu causa à morte da vítima, a condenação é medida que se impõe. - No direito penal, não há falar-se em compensação de culpas, como ocorre no direito civil, razão pela qual a circunstância de ter o corréu concorrido para o deslinde do acidente não eliminar a responsabilidade penal do acusado. - A aplicação da reprimenda de suspensão da habilitação para dirigir veículos automotores deve observar a variação legal contida no art. 293 do CTB, bem ainda os critérios definidos nos arts. 59 e 68 do estatuto aflitivo, guardando, assim, proporcionalidade com a privativa de liberdade imposta. - Não tendo a defesa demonstrado a incapacidade do agente de cumprir a pena restritiva de direitos que lhe foi imposta, não se defere a modificação pleiteada (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0707.10.010011-4/001, Rel. Des. Fortuna Grion, 3ª Câmara Criminal, j. em 02.08.2016, p. em 12.08.2016).
>
> Apelação criminal. Código de Trânsito Brasileiro. Embriaguez ao volante. Absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria devidamente comprovadas. Lesão corporal culposa na direção de veículo automotor e embriaguez ao volante. Absolvição. Impossibilidade. Culpa comprovada. Risco evidenciado. Isenção de custas. Competência do juízo da execução. Recurso não provido. - Com o advento da Lei nº 12.760/2012, passou-se a admitir a comprovação da embriaguez por outras vias diversas do teste de alcoolemia, tais como exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos. Assim, restando devidamente comprovado nos autos que o réu conduziu veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, criando situação de risco contra o bem juridicamente protegido, imperiosa a manutenção da condenação no art. 306 do CTB. - Comprovadas a materialidade e a autoria delitiva, deve ser mantida a condenação do acusado nas iras do art. 303 do CTB, ainda que a vítima, de alguma forma, tenha contribuído para o acidente, sendo certo que o nosso sistema jurídico não admite a compensação de culpas. - Incabível a análise do pedido de isenção das custas processuais, por se tratar de matéria afeta ao Juízo da Execução (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0518.16.009006-5/001, Rel. Des. Eduardo Machado, 5ª Câmara Criminal, j. em 23.01.2018, p. em 29.01.2018).

Destarte, o conjunto probatório fornece a certeza necessária para a manutenção do édito condenatório. Uma vez comprovada a culpabilidade do acusado, que, ao dirigir sem habilitação, sob efeito de substâncias alcoólicas, invadindo a contramão direcional, não observou o dever objetivo de cuidado na condução do veículo automotor, provocando lesão corporal de natureza gravíssima à vítima, mostra-se imperativa sua condenação pelo crime previsto no art. 303, § 1º e § 2º, c.c. o §2º, I, do art. 302 do CTB.

Do delito de abandono do local do acidente.

Noutro norte, merece ser acolhido o pleito de absolvição pelo delito previsto no art. 305 do CTB.

Com efeito, a Corte Superior deste Tribunal de Justiça declarou a inconstitucionalidade do art. 305 do CTB, o que foi feito através do Incidente de Inconstitucionalidade nº 1.0000.07.456021-0/000, por entender pela incompatibilidade do referido tipo penal com o princípio constitucional previsto no art. 5º, LXIII, da CF/88:

Incidente veio assim ementado: "Incidente de inconstitucionalidade. Reserva de plenário. Art. 305, do Código de Trânsito Brasileiro. Incompatibilidade com o direito fundamental ao silêncio. Inconstitucionalidade declarada" (TJMG - Incidente de Inconstitucionalidade n° 1.0000.07.456021-0/000, Rel. Des. Sérgio Resende, j. em 11.06.2008).

Acerca do assunto, a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> "[...] Análise do núcleo do tipo: trata-se do delito de fuga à responsabilidade, que, em nosso entendimento, é inconstitucional. Contraria, frontalmente, o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo - *nemo tenetur se detegere* (ver a nota 1 ao Livro I do nosso Código de Processo Penal comentado). Inexiste razão plausível para obrigar alguém a se auto-acusar, permanecendo no lugar do crime, para sofrer as consequências penais e civis do que provocou. Qualquer agente criminoso pode fugir à responsabilidade, exceto o autor de delito de trânsito. Logo, cremos inaplicável o art. 305 da Lei 9.503/97. Afastar-se (retirar-se; ir embora) do local do acidente de trânsito, com o fim de não ser penal ou civilmente responsabilidade [...]" (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais comentadas, Editora RT: 2009, p. 1153).

Nessa linha são os seguintes julgados:

> Apelação criminal. Evasão do local do acidente (CTB, art. 305). Absolvição. Recurso ministerial: pretensão condenatória. Impossibilidade. Inconstitucionalidade já reconhecida pela corte superior do TJMG. - Impõe-se a manutenção do decreto absolutório relativamente ao acusado pelo crime do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, cuja inconstitucionalidade fora declarada pela Corte Superior deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a qual reconheceu que impor ao condutor a obrigação de produzir prova contra si mesmo ofenderia o princípio constitucional da ampla defesa (CF/88, art.5º, LV), além de incorrer em malferição ao direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII) (TJMG - Apela

> ção Criminal nº 1.0620.18.003813- 0/001, Rel. Des.ª Kárin Emmerich, 1ª Câmara Criminal, j. em 17.12.2019, p. em 22.01.2020).
>
> Apelação criminal. Crime contra o patrimônio. Receptação (art. 180, *caput*, do CP), crime de desobediência (art. 305, do CTB) e crime de dirigir sem habilitação (art. 309 do CTB). Recurso da defesa. Desclassificação da receptação para a modalidade culposa. Inviabilidade. Materialidade e autoria delitivas devidamente comprovadas. Art. 305 do CTB. Decretação de sua inconstitucionalidade pelo TJMG. Absolvição nos termos do art. 386, III, do CPP. Possibilidade. Absolvição em relação crime de condução de veículo automotor sem habilitação. Inadmissibilidade. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Perigo de dano demonstrado. Alteração da reprimenda. Redimensionamento. Necessidade. Providências efetuadas de ofício. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Requisitos não preenchidos. Pretensão de aplicação da detração penal e concessão dos benefícios da justiça gratuita. Matérias atinentes ao juízo de execução. - Inviável cogitar-se na desclassificação para receptação culposa, pois não há dúvidas quanto à presença de dolo na conduta do recorrente, caracterizando o delito previsto no art. 180, *caput*, do CP. - No crime de receptação, a prova do conhecimento da origem ilícita do bem pode ser extraída da própria conduta do agente e das circunstâncias que envolvem o fato criminoso. - O art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro foi declarado inconstitucional pelo eg. TJMG através de incidente processual próprio, em virtude de sua incompatibilidade com direito fundamental previsto na CR/88. - Comete o crime capitulado no art. 309 do CTB, o agente que conduz veículo automotor sem a devida habilitação ou permissão para dirigir, gerando perigo de dano. Estando comprovado nos autos autoria e materialidade delitivas, bem como o perigo de dano concreto gerado pela conduta do réu, viável a manutenção da condenação do réu. - Havendo incorreção nas reprimendas fixadas, deve ser feita alteração, ainda que de ofício. - Em reverência ao princípio da segurança jurídica e inteligência do art. 66, III da Lei de Execuções Penais, não se mostra viável a análise da detração penal em sede de apelação, visto que referida matéria é de competência do Juízo da Execução, o qual detém maior abrangência para análise e cálculo. - Compete ao juízo da execução a análise acerca do pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0701.19.001057-2/001, Rel. Des. Wanderley Paiva, 1ª Câmara Criminal, j. em 28.01.2020, p. da súmula em 05.02.2020).

Dessa forma, impõe-se seja decretada a absolvição do acusado em relação ao crime previsto no art. 305 do CTB.

Da dosimetria da pena.

Registro não ser necessária a alteração da pena corporal aplicada pelo delito de lesão corporal culposa, que foi fixada de forma consentânea com o crime praticado.

Lado outro, acerca da proibição do réu de obter a permissão ou a habilitação, é preciso ressaltar, de início, que o Código de Trânsito Brasileiro, diferentemente do Código Penal, não estabelece no tipo penal, para a pena de "suspensão ou proibição do direito de dirigir", a quantidade da pena.

Apenas o art. 293 do CTB, de forma genérica, determina que a "suspensão ou proibição" do direito de dirigir deve sempre variar de 2 (dois) meses a 5 (cinco) anos.

A suspensão da CNH é uma das sanções aplicadas ao condenado pelo crime em questão, sendo cominada cumulativamente à pena privativa de liberdade, não havendo como decotá-la.

Cabe ressaltar que tal efeito da condenação é imposto para todos os condutores de veículos, lembrando-se que a condução de automotores é uma concessão do poder público ao particular, podendo ser estabelecidas regras para o exercício de tal desiderato.

Contudo, entendo que a suspensão da habilitação deve guardar proporcionalidade com a sanção corporal, quando inexistir justificativa para a imposição de um prazo maior.

Portanto, tendo em vista a proporcionalidade da pena, a qual restou fixada em 04 (quatro) anos, 1 (um) mês e 22 (vinte e dois) dias de detenção, em observância às circunstâncias do delito e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, fixo a proibição do réu de obter a permissão ou a habilitação para dirigir em 5 (cinco) meses, nos termos do art. 293 do CTB.

Dispositivo.

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso, a fim de absolver o réu pelo delito previsto no art. 305 do CTB, diante da inconstitucionalidade do referido tipo penal, bem como para reduzir o prazo de proibição do acusado de obter a permissão ou a habilitação para dirigir para 5 (cinco) meses, nos termos do presente voto.

Custas na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Corrêa Camargo e Guilherme de Azeredo Passos.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Apelação criminal - Furto majorado - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Inexpressividade do valor - Inocorrência - Alta reprovabilidade da conduta - Repouso noturno - Verificação – Absolvição - Não cabimento - Excludente de culpabilidade - Reconhecimento - Inviabilidade - Instauração de incidente de insanidade mental - Imprescindibilidade - Precedentes do STJ - Desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 163 do Código Penal - Possibilidade - Sentença condenatória com trânsito em julgado para o Ministério Público - Pena concreta - Prescrição da pretensão punitiva - Retroatividade - Ocorrência - Extinção da punibilidade

- Não há que se falar em reconhecimento do princípio da insignificância quando o valor da res não é ínfimo e a conduta praticada pelo agente ocorreu em repouso noturno, o que evidencia maior reprovabilidade da conduta.

- Para o reconhecimento da inimputabilidade ou da semi-imputabilidade do agente, depende de prévia instauração de incidente de insanidade mental e do respectivo exame médico-legal.

- Considerando que a intenção do réu era de tão somente danificar coisa pertencente à vítima em virtude de vingança, a desclassificação da conduta para o crime de dano é medida que se impõe.

- Inevitável o decreto de prescrição da pretensão punitiva se, entre dois marcos interruptivos, há lapso superior ao limite prescricional previsto para o caso, em face do *quantum* da pena aplicada, com trânsito em julgado para a acusação.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0344.16.006163-8/001 - Comarca de Iturama - Apelante: N.S.Q. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. - Relatora: Des.ª Valéria Rodrigues Queiroz.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar parcial provimento ao recurso e, de ofício, julgar extinta a punibilidade do apelante, pela prescrição.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2024. - *Valéria Rodrigues Queiroz* - Relatora.

Voto

DES.ª VALÉRIA RODRIGUES QUEIROZ - Trata-se de recurso de apelação criminal, interposto por N.S.Q., contra sentença de f. 96/102-v, proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Iturama, que julgou procedente a pretensão deduzida na denúncia, condenando o réu nas sanções do art. 155, § 1º, do Código Penal, às penas de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, à razão mínima legal, e substituindo a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, à razão de 1 (uma) hora de tarefa por dia de condenação e prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário-mínimo.

Em suas razões recursais de f. 109/117, busca a defesa a absolvição do acusado pela aplicação do princípio da insignificância ou em virtude do reconhecimento da causa excludente de culpabilidade, nos termos do art. 26 do Código Penal. De modo subsidiário, pugna pela desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 163 do aludido Códex.

Em contrarrazões de f. 119/122, pugna o Órgão Ministerial pelo conhecimento e não provimento do apelo.

Nesta instância, a d. Procuradoria-Geral de Justiça, instada a se manifestar, opinou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso (f. 131/137).

É o relatório.

Passo ao voto.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Ao exame dos autos, verifico que não se operou nenhum prazo prescricional. Também inexistem preliminares e não vislumbro a existência de qualquer nulidade a ser declarada de ofício.

Assim, passo ao exame do mérito.

Para melhor elucidação dos fatos, transcrevo, na íntegra, a exordial acusatória:

> Consta do incluso inquérito policial que, em 12 de agosto de 2015, por volta das 3h35min, na Av. São Sebastião, nº 295, em São Sebastião do Pontal, município de Carneirinho-MG, o denunciado subtraiu para si duas câmeras de segurança da Drogaria Vip, de propriedade de J.F.S.
>
> Segundo se apurou, na data acima descrita, durante o repouso noturno, o denunciado foi até a Drogaria Vip, golpeou com um pedaço de madeira as câmeras de monitoramento que ficam na parte externa do estabelecimento comercial, as desconectou e subtraiu.
>
> Acionada a Polícia Militar, o denunciado foi reconhecido pelas filmagens e, após diligências, foi localizado e preso em flagrante delito.
>
> As câmeras subtraídas foram localizadas, contudo, estavam danificadas.

Por tais fatos, o réu foi denunciado pela prática do delito tipificado no art. 155, § 1º, do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 03.04.2017 (f. 33/33-v) e, após regular instrução criminal, a pretensão foi acolhida, ocasião em que o réu foi condenado pela prática do delito de furto majorado, por sentença registrada em 17.09.2020 (f. 103), da qual foi pessoalmente intimado em 18.09.2020 (f. 105/107).

Ab initio, cumpre ressaltar, que a materialidade e autoria delitivas se encontram sobejamente comprovadas nos autos, tanto que não foram alvo de irresignação entre as partes, objetivando a defesa, inicialmente, a absolvição do acusado pela aplicação do princípio da insignificância.

Contudo, sem razão.

É importante ressaltar que, apesar de não haver previsão legal para a aplicação do referido preceito, a doutrina e a jurisprudência acolhem a insignificância como causa supralegal de exclusão de tipicidade.

Sobre o tema, colaciono os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci que afirma que o princípio da insignificância: "é excludente supralegal da tipicidade, demonstrando que lesões ínfimas ao bem jurídico tutelado não são suficientes para, rompendo o caráter subsidiário do Direito Penal, tipificar a conduta" (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial. 7ª ed. p. 232).

Registra-se que, para a aplicação do princípio da insignificância, faz-se necessário o atendimento de quatro requisitos na realização da conduta, quais sejam: mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovação e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Além disso, a jurisprudência sedimentou entendimento no sentido de que as condições pessoais do agente devem ser analisadas em conjunto com os requisitos objetivos para o afastamento do crime com fundamento no princípio da insignificância.

Sendo assim, é necessário observar certos requisitos como o valor do bem, a conduta e os antecedentes do acusado a fim de verificar se a aplicação do princípio da insignificância não prejudicará os fins da pena de reprovação e prevenção do crime.

In casu, analisando o documento acostado à f. 47 dos autos, tem-se que as câmeras de segurança possuíam o valor de R$600,00 (seiscentos reais), montante praticamente equivalente ao do salário mínimo vigente à época dos fatos, de R$788,00 (setecentos e oitenta e oito) reais, não se tratando, portanto, de valor ínfimo.

Além do mais, não há que se falar em reduzidíssimo grau de reprovação, visto que o delito foi praticado durante repouso noturno, o que denota maior reprovabilidade da conduta, afastando, assim, a aplicabilidade do princípio da insignificância.

Corroborando o entendimento, colaciono julgado do col. STJ:

> Agravo regimental em *habeas corpus*. Furto qualificado. Princípio da insignificância. Inviabilidade da aplicação. Especial reprovabilidade da conduta do agente. Conduta cometida mediante rompimento de obstáculo e durante o repouso noturno. Reincidência. Agravo desprovido. - A aplicabilidade do princípio da insignificância deve observar as peculiaridades do caso concreto, de forma a aferir o potencial grau de reprovabilidade da conduta, para que seja identificada a necessidade ou não de operar o direito penal como resposta estatal. - Diante do caráter fragmentário do direito penal moderno, segundo o qual se deve tutelar apenas os bens jurídicos de maior relevo, somente justificam a efetiva movimentação da máquina estatal os casos que implicam lesões de significativa gravidade. É certo, porém, que eventual pequeno valor da vantagem patrimonial ilícita não se traduz, automaticamente, no reconhecimento do crime de bagatela. - No caso, o agravante reincidente foi condenado pela prática do crime de furto qualificado, cometido mediante rompimento de obstáculo e durante o repouso noturno, o que evidencia a maior reprovabilidade da conduta e recomenda a não aplicação do princípio da insignificância. - Agravo regimental desprovido (AgRg no HC nº 725.005/SC, Rel. Minª Laurita Vaz, 6ª Turma, j. em 29.03.2022, *DJe* de 04.04.2022).

De igual modo, vem decidindo este eg. Tribunal de Justiça:

> Apelação criminal. Furto qualificado. Princípio da insignificância. Não incidência. Reprovabilidade do comportamento do agente. Repouso noturno. Decote da causa de aumento de pena. Inviabilidade. Substituição da reprimenda carcerária por sanções restritivas de direitos. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. - O furto cometido durante período noturno e mediante rompimento de obstáculo à subtração da coisa denota maior ofensividade da conduta e exaspera a reprovabilidade do comportamento, circunstância a inviabilizar a adoção do princípio da insignificância à espécie dos autos. - Se a subtração fora perpetrada em período noturno, não tem lugar o decote da causa de aumento de pena retratada no art. 155, § 1º, do CP, sendo de se atentar a orientação jurisprudencial segundo a qual a norma visa reforçar a tutela jurídica à propriedade, mais exposta à ação de meliantes findo o horário vespertino, incidindo a referida causa de aumento nas formas simples e qualificada do crime de furto. - Preenchidos os requisitos elencados no art. 44 do CP, faz jus o recorrente à substituição da reprimenda carcerária por duas sanções restritivas de direitos (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0105.18.000518-0/001, Rel. Des. Matheus Chaves Jardim, 2ª Câmara Criminal, j. em 02.12.2021, p. em 10.12.2021).

Assim sendo, considerando o valor da res e tendo sido reconhecida a especial reprovabilidade da conduta perpetrada pelo réu, impossível sua absolvição com base no princípio da insignificância.

Lado outro, afirma a defesa que o acusado é portador de doença mental, qual seja esquizofrenia, e faz uso de medicamentos controlados, sendo certo que tal condição "é capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar à vontade de acordo com

esse entendimento". Nesse cenário, invoca o art. 26 do Código Penal, pugnando pela absolvição do acusado.

Todavia, razão novamente não lhe assiste.

Não obstante aos documentos médicos acostados aos autos (f. 48/51-v e f. 80/81), que, a priori, confirmam que o réu é portador de esquizofrenia paranoide e faz uso regular de medicamentos controlados, analisando os autos, verifico que não houve a instauração de incidente de insanidade mental, tampouco a realização do exame médico-legal nele previsto, aptos a reconhecer efetivamente a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do apelante, inviabilizando, assim, a conclusão de que na época dos fatos, o réu, em razão da moléstia, era incapaz de entender o caráter ilícito de sua conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Nesse sentido é o entendimento consolidado pelo col. Superior Tribunal de Justiça:

> Recurso especial. Estupro. Contrariedade ao art. 26 do CP e negativa de vigência do art. 149 do CPP. Acórdão impugnado que reconheceu a condição de semi-imputável do recorrido (art. 26, parágrafo único, do CP), sem exame médico-legal. Ilegalidade. Imprescindibilidade do exame pericial. - O art. 149 do CPP não contempla hipótese de prova legal ou tarifada, mas a interpretação sistemática das normais processuais penais que regem a matéria indica que o reconhecimento da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do réu (art. 26, *caput* e § único, do CP) depende da prévia instauração de incidente de insanidade mental e do respectivo exame médico-legal nele previsto, sendo possível, ao Juízo, discordar das conclusões do laudo, desde que por meio de decisão devidamente fundamentada. - Recurso especial provido para cassar, em parte, o acórdão exarado no julgamento da Apelação Criminal n° 70073399487 - especificamente na parte que aplicou o redutor do art. 26, parágrafo único, do CP - a fim de que, verificada a dúvida acerca da sanidade mental do recorrido à época do crime, seja determinada a baixa dos autos ao Juízo de origem para realização de exame médico-legal nos termos do art. 149 do CPP. (REsp n° 1802845/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. em 23.06.2020, *DJe* de 30.06.2020).

Além do mais, conforme bem pontuado pela Magistrada primeva, depreende-se das declarações prestadas pelo acusado em sede policial (f. 10) e ratificadas em seu interrogatório judicial (mídia digital de f. 79), que ele possui plena consciência da ilicitude em relação à sua conduta, afirmando, ainda, que tem conhecimento dos fatos e agiu em razão de vingança.

Assim sendo, diante da imprescindibilidade de instauração do incidente de insanidade mental aliada à prova oral colhida, não há que se falar em absolvição em virtude do reconhecimento da causa de exclusão de culpabilidade.

Por derradeiro, requer a defesa a desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 163 do Código Penal.

Razão lhe socorre.

Dispõe o referido artigo que, o crime de dano, configura-se com a destruição, inutilização ou deterioração de coisa alheia.

In casu, analisando a prova oral colhida e confirmada sob o crivo do contraditório, conclui-se que a conduta praticada pelo apelante se enquadra no tipo penal acima mencionado, porquanto nas duas oportunidades em que foi ouvido (f. 10 e mídia digital de f. 79), o réu confessou a prática dos fatos, contudo, asseverou que tinha tão somente o intuito de danificar as câmeras de segurança do local, uma vez que a vítima disse aos populares da região que ele estaria agredindo fisicamente sua genitora.

Corroborando suas declarações, tem-se, ainda, o fato de ele ter dispensado os objetos em cima do telhado da rodoviária da cidade, informação devidamente confirmada pela testemunha C.A.C.R., policial militar, nas duas fases da persecução penal (f. 02 e mídia digital de f. 79), que afirmou que, após ter confessado a prática delitiva, o réu teria levado os militares no local onde dispensou a res.

Diante de tais circunstâncias, fica evidenciado que o acusado não subtraiu o objeto para si ou para outrem, conforme preceitua o art. 155 do Código Penal, sendo de rigor a desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 163 do aludido Códex.

Passo, pois, a dosimetria da pena do acusado.

Na primeira fase, observo que a culpabilidade, compreendida como o juízo de reprovabilidade do comportamento do agente, apontando a maior ou menor censurabilidade da conduta delituosa, não pode ser considerada como desfavorável, uma vez que a censurabilidade não ultrapassou aquela ínsita ao tipo penal. Quanto aos antecedentes, conforme CAC de f. 94/94-v, são imaculados. Em relação à conduta social, que diz respeito ao comportamento do réu no seu ambiente familiar, profissional e na convivência com os demais membros da coletividade, não existem elementos nos autos suficientes a macular tal circunstância, assim como não existem elementos para valoração negativa da personalidade do agente. Os motivos do crime, fator íntimo que desencadeia a ação criminosa, são próprios ao tipo penal, nada havendo que se valorar nesse sentido. De igual maneira, as circunstâncias do delito e as consequências do crime são normais à espécie delitiva. Por fim, o comportamento da vítima também em nada contribui para a análise ora realizada.

Assim, inexistentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena-base em 1 (um) mês de detenção.

Na segunda etapa, ausentes agravantes e presente a atenuante da confissão espontânea, mantenho a pena intermediária em 1 (um) mês de detenção, nos termos da Súmula nº 231 do STJ que dispõe que "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Na terceira etapa, à mingua de causas de aumento e de diminuição, concretizo a pena em 1 (um) mês de detenção.

Fixo o regime inicial de cumprimento de pena no aberto, diante do *quantum* de pena estabelecido, nos termos do art. 33, § 2°, *c*, do Código Penal.

Considerando o *quantum* de pena ora alcançado, verifico questão de ordem a ser levantada de ofício, pois, a meu ver, está prescrita a pretensão punitiva estatal, *data venia*.

Após o trânsito em julgado da sentença para a acusação, a prescrição da pretensão punitiva do Estado rege-se pela pena concretamente imposta, tendo como amparo o inserto no art. 110, § 1º, do Código Penal.

No caso em pauta, o apelante foi condenado à pena de 1 (um) mês de detenção, o que ensejaria a observância do prazo prescricional previsto no inc. VI, do art. 109 do CP, ou seja, 3 (três) anos.

No caso *sub examine*, nota-se que a prescrição retroativa ocorreu entre o recebimento da denúncia (03.04.2017 - f. 33/33-v) e o registro da sentença condenatória (17.09.2020 - f. 103), período em que houve o transcurso de prazo superior ao limite prescricional incidente à hipótese.

Não houve, no presente caso, qualquer causa suspensiva ou interruptiva da prescrição, o que leva à inexorável extinção da punibilidade do acusado, *ex vi* do art. 107, inc. IV, do Código Penal.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, para desclassificar a conduta do acusado para aquela prevista no art. 163 do Código Penal, fixando a reprimenda em 01 (um) mês de detenção, em regime aberto. De ofício, decreto a prescrição da pretensão punitiva estatal e declaro extinta a punibilidade do apelante, com fundamento nos arts. 107, inc. IV, 109, inc. VI, 110, § 1º, 114, inc. II, 115 e 118, todos do Código Penal.

Custas suspensas (f. 102-v).

DES. GUILHERME DE AZEREDO PASSOS - Acompanho, na integralidade, o voto da Desembargadora Relatora, com exceção de sua interpretação acerca do repouso noturno que, *in casu*, não existe, pois o local onde os fatos ocorreram não era habitado e, sim, um estabelecimento comercial - "Drogaria Vip".

Referida ressalva em nada influencia no mérito da questão, porque, de fato, não se pode considerar o furto como insignificante por não preencher os vetores (requisitos) inerentes à ausência de tipicidade material.

Assim, feita, por necessário, a presente ressalva e por congruência de posicionamentos, adiro ao judicioso voto lançado pela eminente Desembargadora Relatora.

DES. EDUARDO BRUM - De acordo com a Relatora.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, E DE OFÍCIO, JULGARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE DO APELANTE, PELA PRESCRIÇÃO.

Recurso em sentido estrito - Posse ilegal de arma de fogo de uso permitido - Princípio da consunção - Absolvição sumária - Impossibilidade - Crime autônomo - Negar provimento ao recurso

- O princípio da consunção busca dirimir conflito aparente entre normas, sendo aplicável nas hipóteses em que um dos delitos em apuração for notoriamente cometido como meio necessário para a execução de outro delito, sendo certo que a demonstração de independência entre as condutas delitivas, cometidas em momentos e contextos distintos, obstam a aplicação daquele princípio.

- Negar provimento ao recurso.

REC EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0079.20.006667-2/001 - Comarca de Contagem - Recorrente: W.F.S. - Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. - Relator: DES. PEDRO COELHO VERGARA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 5 de abril de 2022. - *Pedro Coelho Vergara* - Relator.

Voto

DES. PEDRO COELHO VERGARA - Cuida-se de recurso em sentido estrito, interposto por W. F.S. objetivando a reforma da sentença de f. 144/146-v, que o absolveu sumariamente em relação à imputação de homicídio consumado simples (art. 121, *caput*, CP), mas manteve a acusação em relação ao crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei nº 10.826/03).

Narra a denúncia que:

> "1. [...] desde data incerta, porém até o dia 28 de abril de 2020, na rua Upatiba, nº 87, bairro Novo Eldorado, Contagem/MG, o denunciado, de forma livre, consciente e voluntária, possuía e mantinha sob a sua guarda, no interior de sua residência, uma arma de fogo do tipo revólver, marca Taurus, nº de série JE80841, calibre .38 Special, em desacordo com determinação legal ou regulamentar (auto de apreensão de f. 14 e laudo pericial de eficiência da arma de fogo de f. 24). 2. É do caderno investigativo, também, que no dia 28 de abril de 2020, por volta das 18h10, na rua Upatiba, nº 87, bairro Novo Eldorado, Contagem/MG, o denunciado, de forma livre, consciente e voluntária, com vontade de matar, desferiu disparos de arma de fogo contra seu filho C.A.S., causando-lhe as lesões descritas no relatório de necropsia de f. 26/29, que foram a causa eficiente da morte do ofendido" (f. 01D).

Recebida a denúncia, o recorrente foi citado e apresentou a defesa preliminar (f. 84/85, 88 e 99).

As testemunhas arroladas foram ouvidas e o acusado interrogado, nada requerendo as partes em diligência (f. 129/132).

O Órgão Ministerial requereu nas alegações finais a absolvição sumária em relação ao delito de homicídio, nos termos do art. 415, IV, do CPP, mas pugnou pelo prosseguimento do feito em relação ao delito de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido. A defesa, por sua vez, pleiteou a absolvição sumária em relação a ambos os delitos, com a aplicação do princípio da consunção em relação ao crime previsto no Estatuto do Desarmamento (f.133/135 e 138/143).

Prolatada sentença, o recorrente foi absolvido sumariamente em relação ao delito de homicídio, nos termos do art. 415, IV, do CPP, mas manteve-se o prosseguimento do feito em relação ao delito de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, sendo declinada a competência para uma das vara criminais comuns para regular processamento e julgamento do feito (f.144/146-v).

Inconformada com referido *decisum*, recorreu a defesa objetivando a absolvição sumária em relação a ambos os crimes inicialmente imputados ao recorrente, sobretudo considerando o princípio da consunção; o *Parquet*, por sua vez, pela manutenção da sentença guerreada, nos mesmos termos em que fora prolatado; em sede de juízo de retratação, o Magistrado de piso manteve sua decisão pelos próprios fundamentos; por fim, instada a se manifestar, opinou a Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do recurso defensivo (f. 151/156, 157/159, 160, 167/171).

É o relatório.

Da admissibilidade.

Conheço do recurso já que presentes estão os pressupostos para sua admissão.

Das preliminares.

Inexiste na espécie qualquer nulidade ou tampouco causa de extinção da punibilidade.

Do mérito

Trata-se de recurso em sentido estrito, objetivando a defesa a reforma da decisão que deixou de absolver sumariamente o recorrente em relação ao crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei n° 10.826/03).

Resume-se a questão à análise da possibilidade de absolvição sumária em relação ao crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei n° 10.826/03), nos termos do art. 415, IV, do CPP, ante a aplicação do princípio da consunção.

Do pedido de absolvição sumária mediante a aplicação do princípio da consunção.

Solicitou a defesa a absolvição sumária ante a aplicação do princípio da consunção, que faria do crime de posse ilegal de arma de fogo um meio para execução do delito final, relativo a homicídio.

Razão não lhe assiste.

Sabe-se que o princípio da consunção busca dirimir conflito aparente entre normas, sendo aplicável nas hipóteses em que um dos delitos em apuração for notoriamente cometido como meio necessário para a execução de outro delito, sendo certo que a demonstração de independência entre as condutas delitivas, cometidas em momentos e contextos distintos, obstam a aplicação daquele princípio.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> Penal e processual penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Homicídio. Porte ilegal de arma de fogo. Crime autônomo. Aplicação do princípio da consunção. Impossibilidade. Necessidade de reexame do acervo fático-probatório dos autos. Agravo regimental não provido. - A absorção do crime de porte ilegal de arma de fogo pelo delito de homicídio pressupõe que as condutas tenham sido praticadas em um mesmo contexto fático, guardando entre si uma relação de dependência ou de subordinação. Desse modo, o porte da arma de fogo deve ter como fim, exclusivo, a prática do crime de homicídio para ser absorvido como *ante factum* impunível. Ausente essa vinculação com o crime fim, não há falar em consunção, havendo, pois, crime autônomo de porte ou posse de arma de fogo. - A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que somente é possível a aplicação do princípio da consunção quando o acórdão recorrido descreve, suficientemente, a situação fática que demonstra a presença dos seus requisitos. - Não restando evidenciada a relação de subordinação entre as referidas condutas, não é possível a aplicação do referido princípio por esta Corte, em sede de *habeas corpus*, pois tal exame demandaria a análise do acervo fático-probatório dos autos, providência que cabe ao Tribunal do Júri, órgão competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e os a eles conexos. - Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC n° 684.750/SC, Rel. Min° Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. em 15.02.2022, *DJe* de 21.02.2022).

> Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Disparo e posse de arma de fogo com numeração suprimida. Condutas que se amoldam aos arts. 15 e 16, § único, IV, da Lei n° 10.826/2003. Princípio da consunção. Absorção. Não ocorrência. Consumação dos delitos em contextos diversos. Impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório. Súmula n° 7/STJ. - A conduta de possuir arma de fogo com número de série e marca suprimidos por processo abrasivo, no momento da apreensão, se subsume ao crime tipificado no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n° 10.826/2003, que dispõe incorrer nas mesmas penas do *caput* quem portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado (HC n° 334.693/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. em 15.03.2016, *DJe* de 28.03.2016). - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que não se aplica o princípio da consunção quando os delitos de posse ilegal de arma de fogo e disparo de arma em via pública são praticados em momentos diversos, em contexto distintos. - As instâncias ordinárias reconheceram que os crimes foram praticados em contextos fáticos diversos, não se aplicando, portanto, o referido postulado. Assim sendo, é inviável a revisão da referida conclusão em recurso especial, em razão de a pretensão esbarrar no óbice prescrito pela Súmula n° 7/STJ. - Agravo regimental desprovido (AgRg no

AREsp nº 754.716/PR, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, j. em 12.12.2017, *DJe* de 19.12.2017).

No caso em apreço, a denúncia é muito clara em delimitar que ambos os crimes foram cometidos em contextos e momentos distintos, havendo, portanto, lesões a bens jurídicos diferentes.

Nesse contexto, em análise das provas orais produzidas em juízo, infere-se que o recorrente há muito tempo já possuía e mantinha sob a sua guarda, no interior de sua residência, uma arma fogo, tipo revólver, marca Taurus, nº de série JE80841, calibre .38 Special, em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Em sua oitiva em juízo, após ser perguntado sobre a arma de fogo usada no dia dos fatos, o acusado respondeu que possuía a referida arma há muito tempo e, apesar de não saber precisar, afirmou que tinha a arma há muitos anos, a qual ficava guardada em casa, mas nunca tinha sido usada (mídia de f. 132, 01:04:30 - 01:05:00).

Dessa forma, resta claro, *in casu*, a independência do delito tipificado no art. 12 da Lei nº 10.826/03 em detrimento do delito de homicídio consumado, sendo que o uso da arma na ocasião desse último crime não é suficiente para que a primeira conduta delitiva seja completamente absorvida pelo segundo delito, porquanto consumados em momentos e contextos muito diversos, violando, em tese, bens jurídicos diferentes.

Insta salientar que aqui não se busca afirmar o cometimento do delito tipificado no art. 12 da Lei nº 10.826/03, mas tão somente apontar a impossibilidade de sua consunção em relação ao delito de homicídio, sob o qual fora absolvido o recorrente.

Portanto, deve ser afastado o recurso defensivo, mantendo-se na íntegra a sentença guerreada.

Do provimento.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JÚLIO CÉSAR LORENS E MARCOS PADULA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Criminal - Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido - Inépcia da denúncia - Mácula não verificada. Nulidade do processo em razão da incompetência da polícia militar - Tese afastada. Preliminares rejeitadas. Ausência de audiência de custódia - Irrelevânica. Absolvição - Inviabilidade - Materialidade e autoria comprovada. Redução da pena-base - Possibilidade. Prescrição da pretensão punitiva estatal em razão da pena alcançada após interposição do recurso - Reconhecimento necessário. Preliminares rejeitadas, recurso parcialmente provido e punibilidade do réu declarada extinta.

- Não pode ser considerada inepta a denúncia que observa os requisitos estabelecidos no art. 41 do CPP, expondo claramente o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas.

- Não há falar em nulidade em razão da incompetência da polícia militar para investigar com relação aos casos em que militares se limitam a efetuar a prisão em flagrante do suspeito, diligência essa cuja atribuição é própria dos órgãos de segurança pública de policiamento ostensivo e preventivo do Estado.

- Incabível é a alegação de nulidade por ausência de audiência de custódia diante da hipótese de prisão em flagrante ocorrida antes da entrada em vigor da Resolução nº 213 do CNJ.

- A demonstração segura de que o acusado portava arma de fogo de uso legal ou regulamentar, torna imperativa a manutenção de sua condenação pela prática do delito previsto no art. 14, *caput*, da Lei nº 10.826/03.

- O fato de o réu ostentar registro criminal pretérito pela suposta prática de outro delito não se mostra apto a justificar o exame negativo da personalidade do agente.

- Deve ser declarada extinta a punibilidade do sentenciado quando se constata que, entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença, transcorreu um lapso temporal superior ao determinado pela pena privativa de liberdade definitivamente aplicada para a verificação deste instituto.

Apelação Criminal nº 1.0481.15.011054-4/001 - Comarca de Patrocínio - Apelante: I. G. S. P.- Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Relator: Des. Júlio César Lorens.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares, dar parcial provimento ao recurso e declarar extinta a punibilidade do réu em razão da prescrição.

Belo Horizonte, 15 de março de 2022. – *Júlio César Lorens* – Relator.

Voto

1- Relatório.

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - Perante o Juízo de Direito da Comarca de Patrocínio/MG, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia em face de I. G. S. P., imputando-lhe a suposta prática do crime previsto no art. 14, *caput*, da Lei nº 10.826/03.

Noticia a inicial acusatória que, no dia 16 de novembro de 2014, por volta das 18h 27min, na Rua XX, n° XXX, bairro X, em Patrocínio/MG, o denunciado portava arma de fogo e munições, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A denúncia foi recebida no dia 15 de fevereiro de 2016, à fl. 62/62v. e, em 21 de maio de 2021, foi publicada a sentença de fls. 131/136v., que condenou o réu pela prática do delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, aplicando-lhe as penas de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 13 (treze) dias-multa.

Inconformado com o *decisum*, a defesa interpôs recurso de Apelação Criminal. Em suas razões recursais, às fls. 142/160, suscita como teses preliminares a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal; a inépcia da denúncia; a nulidade em razão da incompetência da polícia militar para investigar; e a nulidade pela não realização da audiência de custódia. No mérito, pretende a absolvição do réu por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a redução das penas, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Requer, ainda, a concessão do direito de recorrer em liberdade e a restituição dos telefones celulares apreendidos.

Contrarrazões apresentadas às fls. 165/170v., em que o *Parquet* pugnou pelo não provimento do recurso.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela rejeição das preliminares, pelo não conhecimento do pedido de restituição dos celulares apreendidos, e, no mérito, pelo não provimento do recurso, nos termos do parecer de fls. 176/183.

É, em síntese, o relatório.

2- Admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso, inclusive no que diz respeito ao pedido de restituição dos celulares apreendidos, pois, a meu ver, a ausência de

expresso pronunciamento na sentença acerca da destinação de bens que não sejam propriamente ilícitos enseja a devolução dos mesmos ao seu proprietário.

3- Fundamentação Preliminares.

- Inépcia da denúncia.

A preliminar da inépcia da denúncia também deve ser rechaçada sem maiores delongas.

Isso, porque, examinando a exordial acusatória, verifica-se que foram observados os requisitos estabelecidos no art. 41 do CPP, tendo sido devidamente exposto o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas.

Com efeito, constata-se que a denúncia narrou, com clareza, a conduta imputada ao acusado ao deixar consignado que, em data, horário e local determinados, o mesmo foi flagrado portando um revólver calibre .38, municiado com 6 (seis) cartuchos intactos, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Percebe-se, portanto, que não houve qualquer cerceamento de defesa, já que o apelante tinha plena ciência da imputação que sobre ele recaía e das provas existentes em seu desfavor, não se tratando de denúncia "destituída de qualquer fundamentação", como alegado pela defesa.

Ainda que assim não fosse, insta salientar que, com a prolação da sentença, o questionamento de inépcia da denúncia resta superado, eis que o alvo da defesa passa a ser os fundamentos da condenação.

A propósito, neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> Recurso em *Habeas Corpus* Julgado Prejudicado. Alegação de Inépcia da Denúncia. Superveniência de Sentença Condenatória. Perda do Objeto. Precedentes. 1. A orientação jurisprudencial da Sexta Turma é de que, com a superveniente prolação de decisão condenatória, fica superada a alegação de inépcia da denúncia ou de ausência de justa causa para a ação penal. 2. Há julgado da Quinta Turma também nesse sentido. 3. Agravo regimental improvido (STJ, AgRg no RHC nº 33917/RS, Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, j em 20.11.14).

Diante de tais considerações, afasto a preliminar de inépcia da denúncia.

- Nulidade em razão da incompetência da polícia militar para investigar Outrossim, não merece guarida a alegação de nulidade em razão da incompetência da polícia militar para investigar, pois, analisando os autos, depreende-se que, neste caso, os militares se limitaram a efetuar a prisão em flagrante do suspeito, diligência essa cuja atribuição é própria dos órgãos de segurança pública de policiamento ostensivo e preventivo do Estado.

A rejeição da preliminar dessa preliminar é, portanto, medida que se impõe.

- Nulidade pela não realização da audiência de custódia.

Ainda em sede de preliminares, alega a defesa que o processo deve ser anulado a partir da decisão que recebeu a comunicação do APFD, eis que o recorrente ficou prejudicado por não ter sido submetido à audiência de custódia.

Entretanto, como bem ponderado na sentença, à época em que o réu foi preso em flagrante, as audiências de custódia ainda não haviam sequer sido implementadas na comarca de origem.

Como se sabe, a Resolução nº 213 do CNJ, que determinou que toda pessoa presa em flagrante delito fosse obrigatoriamente apresentada à autoridade judicial em até 24 horas da comunicação do APFD, somente entrou em vigor no dia 1 de fevereiro de 2016.

Assim, considerando que a prisão em flagrante do réu ocorreu em 16 de novembro de 2014, não há como acolher a preliminar de nulidade por ausência de audiência de custódia.

E, inexistindo outros questionamentos preliminares, passo ao exame do mérito recursal, já que não vislumbro nos autos qualquer irregularidade ou nulidade que deva ser declarada de ofício.

Mérito.

- Autoria e materialidade do delito.

Como visto, no mérito, a defesa de I. almeja sua absolvição em relação à imputação pela prática do crime previsto no art. 14, *caput*, da Lei nº 10.826/03, sob o argumento de que as provas constantes dos autos são insuficientes para a prolação do édito condenatório.

Porém, razão não lhe assiste.

Registra-se, inicialmente, que a materialidade delitiva está comprovada pelos seguintes documentos: auto de prisão em flagrante de fls. 2/7, boletim de ocorrência de fls. 13/19, auto de apreensão de fl. 20 e laudo de constatação de eficiência de armas de fogo e munições de fls. 23/25.

De igual modo, a autoria, em que pesem os argumentos da combativa defesa, é induvidosa.

O réu, nas duas oportunidades em que foi interrogado, negou a prática do delito, alegando que a arma de fogo encontrada na lixeira do banheiro do bar não lhe pertencia (fl. 5 e mídia de fl. 111).

Porém, sua versão não encontra amparo nas provas amealhadas nas duas fases da persecução penal.

Da análise dos autos, verifica-se que policiais militares se dirigiram ao bar onde o apelante se encontrava, a fim de apurar a veracidade de notícias anônimas sobre a prática do delito de porte ilegal de arma fogo no local e, assim que chegaram, perceberam que o apelante se levantou da mesa, correu até o banheiro e dispensou, em uma lixeira, um revólver calibre .38 municiado, que, de imediato, foi encontrado.

Oportunamente, confira a narrativa apresentada pelo policial militar, condutor do flagrante:

> [...] após denúncias que no Bar do X, situado no Bairro X, estariam 2 indivíduos armados, sendo que um era alto, gordo e estava trajando camiseta azul e calça jeans, e o segundo magro, estatura mediante camiseta azul, deslocamos até o local, e com a aproximação das guarnições, foi visualizado os denunciados sentados em uma mesa de frente ao bar, e que ao perceberem a aproximação das viaturas, ambos se levantaram, tendo o individuo identificado como I. G. S. P., corrido até o banheiro do bar, onde foi possível visualizar pelo Sgt M. o autor retirar a arma da cintura e jogar em um cesto de lixo, sendo apreendido um revolver calibre. 38 marca *Taurus* municiado com 6 munições intactas; Que já o outro, menor infrator, identificado como J. P. S., após se levantar, correu até o outro lado do bar, em um lote vago, sendo abordado pelo Cb M. e localizado na cintura do menor um revolver calibre .32 marca *Taurus* também municiado com 6 munições intactas; Que segundo o menor J. P., adquiriu a arma no valor de R$1.000.00 (mil reais) de um indivíduo desconhecido próximo ao terminal rodoviário; Que ressalta-se que I. tem passagens por porte de munição e receptação, já J. P. foi apreendido por tráfico de drogas e furto; Que diante ao exposto, foram conduzidos preso/apreendido até a Delegacia de Plantão, Juntamente com as armas e o material apreendido; Que a genitora do menor J. P. o acompanhou até a delegacia. (depoimento prestado por M.H.L. na fase inquisitiva, à fl. 2, e ratificado em juízo, conforme mídia de fl. 100).

No mesmo sentido são as declarações prestadas pelo policial D.A.R. na fase de inquérito (fl. 4) e em juízo (mídia de fl. 100).

Neste ponto, convém registrar que, consoante doutrina e jurisprudência dominantes, não há qualquer restrição aos depoimentos dos policiais que participaram da prisão em flagrante dos réus, máxime quando inexiste motivo para injusta incriminação, como no presente caso, em que o acusado e os policiais sequer se conheciam.

Além disso, não merece qualquer credibilidade a versão de que a arma apreendida possa ter sido dispensada pelo adolescente apreendido na data dos fatos ou por qualquer outra pessoa que tivesse frequentado o banheiro antes do réu, pois, conforme consta do depoimento supratranscrito, I. foi flagrado no exato momento em que retirou a arma da cintura e a jogou no cesto de lixo.

Diante disso, restando satisfatoriamente comprovado que I. G. S. P.portava um revólver, calibre .38, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, sua condenação nas iras do art. 14, *caput*, da Lei nº 10.826/03 é medida que se impõe, não havendo falar, por conseguinte, em absolvição.

- Dosimetria das penas.

Por outro lado, melhor sorte socorre a defesa quanto ao pedido de redução das penas, senão vejamos.

Ao ponderar as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e considerar como desfavorável ao sentenciado a sua personalidade, o douto magistrado a quo fixou a pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa apenas, sob o argumento de que o réu "apresenta predisposição para o crime", "tendo em vista os elementos coligidos aos autos, mormente a certidão de antecedentes criminais de fl. 57" (fl. 134).

Ocorre que o fato de o réu ostentar registro criminal pretérito pela suposta prática de outro delito não se mostra apto a justificar o exame negativo da personalidade do agente.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que até mesmo a condenação definitiva não pode ser utilizada como fundamento para a valoração negativa da personalidade do réu:

> Agravo Regimental no Recurso Especial. Absolvição. *In Dubio Pro Reo.* Revolvimento do Contexto Fático-Probatório. Impossibilidade. Incidência da Súmula nº 7 do STJ. Dosimetria. Maus Antecedentes e Consequências do Delito. Fundamentação Idônea. Personalidade. a Exclusão da Circunstância Judicial Não Acarretaria Alteração da Reprimenda. Agravo Não Provido. [...] A jurisprudência da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a existência de condenação definitiva não constitui fundamento idôneo para a valoração negativa da personalidade do réu e de sua conduta social [...] (AgRg no REsp nº 1861088/RS, Relator: Min. Ribeiro Dantas, j em 08.06.2021).

Logo, não há razão para se considerar a personalidade do réu como circunstância desfavorável.

Assim, tendo em vista que, na realidade, todas as balizas judiciais previstas no art. 59 do CP são favoráveis ao réu, na primeira fase da dosimetria, hei por bem fixar a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Na segunda fase, mantenho a reprimenda nesse patamar, vez que ausente qualquer circunstância agravante ou atenuante a ser considerada. Na terceira fase, à míngua de causas de aumento ou de diminuição de pena, torno definitiva a pena de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Diante disso, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva é medida que se impõe.

Afinal, segundo disposto no art. 109, inciso V, do CP, em relação à pena de 2 (dois) anos de reclusão, a prescrição se verifica a partir de 4 (quatro) anos e, considerando que, entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença, transcorreu lapso temporal superior a esse período de tempo, forçoso reconhecer que o *jus puniendi* estatal foi atingido pela prescrição, devendo ser julgada extinta a punibilidade do apelante, em consonância com o estabelecido no art. 107, inciso IV, do CP.

4- Dispositivo.

À luz do exposto, rejeito as preliminares, dou parcial provimento ao recurso para reduzir as penas e, por conseguinte, declaro extinta a punibilidade do réu em razão da prescrição.

Consequentemente, determino a restituição dos aparelhos celulares apreendidos, já que não há nos autos qualquer comprovação de que tais objetos sejam instrumentos ou produtos de crime.

Deixo de determinar a expedição de alvará de soltura porque o acusado não se encontra em cárcere em razão da prática do crime a ele imputado nos presentes autos.

Oficie-se o juízo primevo acerca desta decisão.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Marcos Padula (Revisor) e Danton Soares Martins.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO E DECLARARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE DO RÉU EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO.

Recurso em sentido estrito - Homicídio qualificado tentado - Preliminar - rejeição - Mérito - Pronúncia - *In dubio pro societate* - Inaplicabilidade - Garantia constitucional da presunção de inocência em todas as fases processuais - Ausência de indícios da autoria despronúncia - Necessidade.

- A garantia constitucional da presunção de inocência deve ser observada em todas as fases processuais, logo, impossível confirmar uma decisão de pronúncia ao argumento de que nesta etapa a dúvida se reverteria em favor da sociedade.

- Não há falar em indício da autoria, quando sequer há um dado concreto no processo nesse sentido, motivo pelo qual a despronúncia é necessária.

Recurso em Sentido Estrito nº 1.0024.16.145478-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Recorrente(S): R. G. C. G. - Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: K. C. V., M. F. S., R. A. P., W. J. M. – Relator: Des. Alexandre Victor de Carvalho.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em rejeitar preliminar defensiva e, no mérito, dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 8 de fevereiro de 2022. – *Alexandre Victor de Carvalho* – Relator.

Voto

I – Relatório.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Por meio da denúncia, o Ministério Público narrou os fatos e imputou ao recorrente a prática da conduta prevista no art. 121, § 2.º, II, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal (f. 02D-03D).

Na primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri, o pedido ministerial foi admitido, com a pronúncia do recorrente, nos exatos termos da inicial (f. 335/340).

Dessa decisão foi interposto este recurso em sentido estrito, por meio do qual a defesa do recorrente pleiteia, em caráter preliminar, a nulidade do feito por cerceamento de defesa. No mérito, requer sua impronúncia (f. 346/354).

Contrarrazões ministeriais para conhecer do recurso, rejeitar sua preliminar, e, no mérito a este negar provimento (f. 355/361).

Oportunizado o juízo de retratação, a decisão de pronúncia foi mantida (f. 362).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça para conhecer do apelo, rejeitar sua preliminar e negar-lhe provimento (f. 368/387).

É o relatório.

II – Conhecimento.

Conheço do recurso, porque atendidos os pressupostos legais para isso.

III – Preliminar.

A defesa requer, em sede de preliminar, a nulidade do feito, tendo em vista a ocorrência de cerceamento de defesa.

Para tal, argumenta a ausência de intimação da vítima para que fosse ouvida em juízo e a não realização de exame grafotécnico diante do documento juntado às f. 213 e 274.

Cumpre-me esclarecer que o documento juntado às f. 213 e 274 trata-se de uma carta manuscrita supostamente pela vítima, por meio da qual, esta se retrata da imputação feita em desfavor do recorrente quanto à autoria delitiva.

Em primeiro lugar, entendo que não deve ser acolhida a preliminar, uma vez que, conforme consta em f. 300/301, após infrutíferas tentativas de se localizar a vítima, a defesa dispensou expressamente sua oitiva. Ressalto aqui que, a defesa não arrolou a vítima em sua defesa prévia.

Prosseguindo, verifico, assim como bem esclarecido pelo Ministério Público de piso, em f. 310/311, que, o pedido de exame grafotécnico pela defesa não poderia surtir o efeito desejado por esta, tendo em vista que, apesar de poder comprovar que o documento constante em f. 213 e 274 foi escrito, de fato, pela vítima, não haveria como demonstrar sua voluntariedade, fato que dependeria da oitiva em juízo da mesma, o que dificultaria o seu reconhecimento como prova em favor do recorrente. Desta forma, a sua não realização, no meu de pensar, não trouxe prejuízo à defesa.

Por todo o acima exposto, rejeito a preliminar defensiva.

III – Mérito.

Sobre os fatos, foram assim narrados na denúncia (f. 02D-03D):

> No dia 03.11.2016, por volta de 01h 09min, na Rua XXX, nº XX, bairro XXX, nesta capital e Comarca, o denunciado, agindo com *animus necandi*, efetuou disparos de arma de fogo contra R. A. P., iniciando, assim, a execução de um crime de homicídio que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, eis que o denunciado errou todos os disparos efetuados contra a vítima.

É dos autos que o crime foi cometido por motivo fútil, eis que concernentes a divergências entre torcedores de agremiações desportivas rivais, sendo, assim, patente a abissal desproporção entre o evento e a ação delituosa levada a termo pelo denunciado.

Impronúncia por insuficiência probatória.

A defesa pleiteia a impronúncia do recorrente, em razão da inexistência de suporte probatório mínimo a indicar autoria e materialidade do crime.

O pleito merece acolhimento.

Isso porque, o juízo de pronúncia, embora provisório, deve perquirir sob condições probatórias contundentes para submeter o jurisdicionado ao processo criminal perante o Tribunal do Júri, em face das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

A fase da pronúncia é tema dos mais intrincados em matéria processual penal e, confesso, há muito queria proceder a um exame diferente daquele que é realizado pela maioria dos magistrados, sejam os de primeiro grau, sejam os de segunda instância.

Quanto à aplicabilidade do *in dubio pro societate*, a questão é fundamentalmente a seguinte: qual o limite e a extensão deste - havido por muitos como - princípio na etapa inicial do procedimento relativo aos crimes dolosos contra a vida?

Parte da doutrina, assim como a maioria dos juízes, com fundamento no *in dubio pro societate*, respondem a essa pergunta entendendo que não é possível ao juiz absolver sumariamente o acusado, por qualquer das hipóteses previstas no art. 415, do Código de Processo Penal, a não ser que haja prova cabal, inconcussa e inquestionável acerca da existência fática das proposições elencadas pelo citado dispositivo legal.

Permito-me discordar desse pensamento, malgrado saiba ser ele majoritário entre os magistrados.

Ao examinar o assunto, Aury Lopes Júnior diz que:

> Bastante problemático é o famigerado *in dubio pro societate*. Segundo a doutrina tradicional, neste momento decisório deve o juiz guiar-se pelo "interesse da sociedade" em ver o réu submetido ao tribunal do júri, de modo que, havendo dúvida sobre sua responsabilidade penal, deve ele ser pronunciado... Pois bem, discordamos desse pacífico entendimento. Questionamos, inicialmente, qual é a base constitucional do *in dubio pro societate*? Nenhuma. Não existe. Por maior que seja o esforço discursivo em torno da "soberania do júri", tal princípio não consegue dar conta dessa missão. Não há como aceitar tal expansão da "soberania" a ponto de negar a presunção constitucional de inocência. A soberania diz respeito a competência e limites ao poder de revisar as decisões do júri. Nada tem a ver com carga probatória. Não se pode admitir que os juízes pactuem com acusações infundadas, escondendo-se atrás de um princípio não recepcionado pela Constituição, para, burocraticamente, pronunciar réus, enviando-lhes para o tribunal do júri e desconsiderando o imenso risco que representa o julgamento nesse complexo ritual judiciário. Também é equivocado afirmar-se que, se não fosse assim, a pronúncia já seria a "condenação" do

> réu. A pronúncia é um juízo de probabilidade, não definitivo, até porque, após ela, quem efetivamente julgará são os leigos, ou seja, é outro julgamento a partir de outros elementos essencialmente aqueles trazidos no debate em plenário. Portanto, a pronúncia não vincula o julgamento, e deve o juiz evitar o imenso risco de submeter alguém ao júri, quando não houver elementos probatórios suficientes (verossimilhança) de autoria e materialidade. A dúvida razoável não pode conduzir à pronúncia. Nessa linha, vale o in dubio pro reo para absolver sumariamente o réu que tiver agido ao abrigo da legítima defesa (não apenas quando a excludente for "estreme de dúvidas", mas quando for verossímil a ponto de gerar a dúvida razoável); impronunciar réus em que a autoria não esteja razoavelmente demonstrada; desclassificar para crime culposo as abusivas acusações por homicídio doloso (não eventual) em acidentes de trânsito, onde o acusador não fez prova robusta da presença do elemento subjetivo (Lopes Júnior, *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 2009. V. II. p. 261-262).

Como se percebe pela magnífica lição de Aury, o emprego do *in dubio pro societate* de forma indiscriminada, em que juízes que o utilizam para, havendo qualquer dúvida, pronunciarem os acusados da forma como pleiteada pela acusação, parece-me uma praxe equivocada. Assim como o mencionado doutrinador, Paulo Rangel e Gustavo Badaró, também pensam que no caso de dúvida razoável sobre a inexistência do fato, sobre a autoria ou presença de uma excludente de ilicitude, deve o magistrado impronunciar o réu ou absolvê-lo sumariamente, pois cabe ao órgão acusador, para fazer face ao princípio da presunção de não-culpabilidade, produzir prova robusta sobre a acusação apresentada.

Portanto, não havendo prova vigorosa e potente sobre a existência da autoria imputada, há de ser esta afastada, da mesma forma que se faz em relação à presença de dúvida razoável sobre o fato objeto da acusação ou de uma causa justificante ou inculpante.

No presente caso, a prova produzida em Juízo nada esclareceu acerca da autoria delitiva.

D. R. G. J. (Guarda Municipal) (mídia constante em f. 272): confirma suas declarações f. 02/03; Que, no dia dos fatos, encontrava- se fazendo a segurança dos transeuntes no local; Que, no dia dos fatos, foram dois eventos criminosos, um ocorrido no interior da unidade UPA localizada naquela região, onde torcedores teriam tentado se abrigar ao serem vítimas de disparos de arma de fogo; o outro evento diz respeito ao acusado neste feito, que, a princípio, foi detido por desacato, tendo sido, posteriormente, reconhecido pela vítima como autor de disparos de arma de fogo em seu desfavor; Que, não localizada ou apreendida qualquer arma de fogo ou projéteis deflagrados.

R. N. P. (Guarda Municipal) (mídia constante em f. 272): confirma suas declarações constantes em f. 04-04v; Que, não conhecia acusado ou vítima; Que, somente teve contato com a vítima R. no final da ocorrência; Que, até então, o recorrente foi abordado por direção perigosa e desacato.

A. S. O. (testemunha) (mídia constante em f. 272): que nada sabe acerca destes fatos; Que, a carta constante em f.

213 foi repassada ao declarante pela pessoa de Marcelo, que afirmou que a vítima R. teria escrito e lhe repassado para que chegasse ao recorrente; Que, conhece o recorrente de vista; Que, não conhece a vítima.

M. F. S. e S. (mídia constante em f. 315): que conhecia a vítima à época dos fatos; Que, até o ano de 2012 era integrante da "Máfia Azul", torcida organizada do Clube Cruzeiro; Que, foi procurado pela vítima, que lhe solicitou contato do pessoal da "Galoucura", pois a mesma queria se retratar quanto a sua afirmação de que o recorrente teria sido o autor dos disparos em seu desfavor.

Durante seu interrogatório judicial (mídia constante em f. 315), o recorrente negou os fatos afirmando que, sequer, conhece a vítima. Que é torcedor do Clube Atlético Mineiro, contudo, nunca fez parte da "Galoucura". Que, confirma que, no dia dos fatos, vindo do jogo, avançou alguns sinais, razão pela qual foi detido quando já se encontrava em sua residência.

Quanto à vítima, por várias vezes, foram realizadas tentativas, sem êxito, de intimação para que fosse ouvida em juízo, contudo, ao que tudo indica e conforme certidões constantes em f. 267 e 294v, a mesma encontra-se em local incerto e não sabido, posto que mudou de residência sem informar novo endereço.

É tudo que foi produzido.

Entendo importante sempre lembrar que, cabe ao órgão ministerial a comprovação da autoria delitiva e não ao suposto autor demonstrar sua inocência.

Verifico que o *Parquet* não produziu, em juízo, um mínimo de substrato apto a embasar a exordial o que acarreta a necessidade de acolhimento do pedido defensivo quanto à impronúncia.

A única prova capaz de dar um suporte probatório à inicial acusatória era a vítima, posto que, conforme demonstrado acima, nenhuma testemunha presenciou os fatos. Contudo, esta foi dispensada pelo Ministério Público.

Quanto às demais testemunhas, estas nada conseguiram esclarecer quanto aos fatos imputados ao recorrente neste feito.

Por todo o acima exposto, vejo que, absolutamente, nada de concreto, quanto à autoria delitiva, foi produzido em contraditório que autorize uma decisão de pronúncia.

Desse modo, inexistem indícios suficientes da autoria, ante a ausência de provas judicializadas nesse sentido, motivo pelo qual a despronúncia do recorrente é necessária.

V – Conclusão.

Com essas considerações, rejeito preliminar defensiva e, no mérito, dou provimento ao recurso, para despronunciar o recorrente, com base no art. 414, do Código de Processo Penal.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Pedro Coelho Vergara e Júlio César Lorens.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR DEFENSIVA E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Requerimento de busca domiciliar - Ausência de investigação formal - Impossibilidade - Necessidade de controle e fiscalização da atividade investigativa - Respeito aos direitos e garantias individuais do investigado - Recurso não provido

- Se já foram colhidos elementos informativos suficientes para a demonstração de indícios da prática de crime, deve ser instaurado um procedimento formal de investigação, seja no âmbito do próprio Ministério Público ou da Polícia Civil, antes da continuidade das investigações, para que seja possível, assim, o controle judicial da atividade investigativa e a garantia dos direitos individuais do investigado.

- A necessidade de formalidade das investigações justifica-se para evitar arbitrariedades e abusos de agentes públicos, haja vista que, apesar do caráter sigiloso do inquérito, o ordenamento jurídico não admite investigações secretas, conduzidas sem atos formais, que seriam orientadas pelo entendimento subjetivo do próprio investigador. Dessa forma, se já colhidos elementos informativos para autorizar uma busca domiciliar, deve ser instaurada uma investigação formal antes de seu deferimento, para garantir a legalidade e controle do procedimento.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0056.21.003700-0/001 - Comarca de Barbacena - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. - 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, 5 de abril de 2022. - *Jaubert Carneiro Jaques* - Relator.

Voto

DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES - Trata-se de recurso de apelação criminal, interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, contra a decisão de f. 34/34-v, através da qual o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Barbacena/MG, em análise de pedido de busca domiciliar na residência de indivíduo suspeito da prática de crime de posse ilegal de arma de fogo, entendeu por bem remetê-lo à Delegacia de Polícia Civil, para instauração de investigação dos fatos, decretando o sigilo do feito.

Inconformado, o Ministério Público recorreu (f. 35), apresentando suas razões em sequência (f. 36/41), nas quais sustenta, em síntese, que os elementos colhidos nos autos comprovaram de forma satisfatória a presença dos pressupostos legais para a decretação da medida cautelar de busca e apreensão, consistente no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*. Nesse sentido, destaca o Ofício

nº 2.145/2021 e o Relatório de Inteligência nº 2.097/2021 - AA do 9º Batalhão de Polícia Militar, que demonstrariam as fundadas razões para o deferimento do pedido.

Assim, requer o recebimento e provimento do recurso, para que seja determinada a expedição de mandado de busca e apreensão na residência do representado.

Em virtude do sigilo, não fora ouvido o apelado, sendo apresentado parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça às f. 49/50, opinando pelo conhecimento e desprovimento do apelo, para que seja instaurada investigação formal. Ressalta que a douta Magistrada não indeferiu a medida por não haver indícios de autoria e da materialidade do crime de posse ilegal de arma de fogo, mas sim porque não foi instaurada investigação formal, seja por parte do Ministério Público ou da Polícia Civil. Destaca, ainda, que o Promotor de Justiça poderia ter instaurado um Procedimento Investigatório Criminal, contudo, decidiu manter a investigação da Polícia Militar, órgão que tem atribuição para a patrulha ostensiva e não para fins investigativos.

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade. Não havendo preliminares levantadas pelas partes ou a serem suscitadas de ofício por este Relator, passa-se à análise do mérito.

Pois bem. Em análise do caso, percebe-se que, apesar de o apelante sustentar a presença de fundadas razões para o deferimento do mandado de busca domiciliar, citando elementos informativos noticiados pela Polícia Militar, na verdade, o pedido não fora indeferido por ausência de indícios de autoria e da materialidade do suposto crime que estaria sendo praticado pelo requerido, como bem ressaltou a Procuradoria-Geral de Justiça, mas sim em razão da ausência de investigação formal.

Isto é, não desconhecemos que o Ofício nº 2.145/2021 (f. 08/09) e o Relatório Técnico nº 2.097/2021 (f. 10/14), oriundos do 9º Batalhão de Polícia Militar de Minas Gerais, acompanhados de relatório do disque denúncia de f. 15 e dos boletins de ocorrência de f. 16/33, realmente levantam indícios da prática de um crime pelo representado. Contudo, tais elementos informativos deveriam servir de *noticia criminis* para a instauração de uma investigação formal, no bojo da qual poderia ser requerida a medida de busca domiciliar, o que não ocorreu no caso.

Ao que parece, o representante do Ministério Público preferiu sobrecarregar o Poder Judiciário com requerimentos e recursos desacompanhados de um procedimento investigatório, que já teria elementos informativos suficientes para sua instauração, ao invés de adotar as cautelas legais para a realização de uma investigação.

Frisa-se que já restou consolidado na jurisprudência pátria, através do julgamento do RE nº 593.727/MG pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem qualquer indiciado ou

qualquer pessoa sob investigação do Estado, confira-se:

> Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. - Questão de ordem arguida pelo réu, ora recorrente. Adiamento do julgamento para colheita de parecer do Procurador-Geral da República. Substituição do parecer por sustentação oral, com a concordância do Ministério Público. Indeferimento. Maioria. Questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República. Possibilidade de o Ministério Público de estado-membro promover sustentação oral no Supremo. - O Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do *Parquet* estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União. O Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o Supremo Tribunal Federal, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual. Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. Maioria. - Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os arts. 5º, inc. LIV e LV, 129, inc. III e VIII, e 144, inc. IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: "O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os inc. I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade - sempre presente no Estado democrático de Direito - do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa instituição". Maioria. - Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inc. XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria (RE nº 593727, Rel. Cezar Peluso, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 14.05.2015, Acórdão Eletrônico em Repercussão Geral - Mérito, *DJe*-175, d. em 04.09.2015, p. em 08.09.2015).

Foi editado, assim, o Tema nº 184, sobre o poder de investigação do Ministério Público:

> Relator(a): Min. Cezar Peluso
>
> *Leading Case*: RE 593727
>
> Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, LIV e LV; 129, III e

> VIII; e 144, IV, § 4º, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, da realização de procedimento investigatório de natureza penal pelo Ministério Público.
>
> Tese: O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/1994, art. 7º, notadamente os inc. I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade - sempre presente no Estado democrático de Direito do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição (https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcessoasp?incidente=2641697&numero-Processo=593727&classeProcesso=RE&num eroTema=184. Acesso em 09.02.2022).

Contudo, no caso, como salientado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça (f. 49/50), o representante do Ministério Público deixou de instaurar um Procedimento Investigatório Criminal para apurar os fatos que lhe foram noticiados pela Polícia Militar.

Ora, mesmo que em determinados casos sejam necessárias diligências preliminares para verificar a credibilidade de uma notícia de crime antes da instauração de uma investigação formal, no presente caso, se o representante do Ministério Público argumenta veementemente que foram colhidos elementos suficientes até mesmo para a violação do domicílio de uma pessoa, certo é que esses eram mais que suficientes para a instauração de uma investigação formal, em meio a qual poderá ser regularmente requerido o mandado de busca domiciliar, com respeito a todas as garantias e direitos do investigado.

Apesar de não ser imprescindível o inquérito policial, se o representante do Ministério Público entendeu que as peças informativas que lhe foram encaminhadas não eram suficientes para a formação da *opinio delicti*, sendo necessárias maiores diligências investigavas, deveria ter então instaurado um Procedimento Investigatório Criminal ou remetido a *noticia criminis* para a autoridade policial instaurar formalmente a investigação, conforme determinado pelo Juízo *a quo*.

Frisa-se que a necessidade de formalidade das investigações se justifica justamente para evitar arbitrariedades e abusos de agentes públicos, haja vista que, apesar do caráter sigiloso do inquérito, o ordenamento jurídico não admite investigações secretas, conduzidas sem atos formais, que seriam orientadas pelo entendimento subjetivo do próprio investigador.

A formalização dos atos de investigação garante a fiscalização externa da atividade investigativa pelo judiciário, com a verificação de legalidade dos atos, e o respeito aos direitos individuais do investigado, já que permite o posterior acesso aos autos de investigação, com registro da cronologia dos atos e da cadeia de custódia de provas. Assim, a formalização dos atos permite, inclusive, um melhor aproveitamento da prova em uma possível ação penal.

Tanto é que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do referido RE nº 593.727/MG, reconhe-

ceu a competência do Ministério Público para promover investigações de natureza penal, condicionando-a, contudo, ao respeito dos direitos e garantias que assistem qualquer indiciado ou qualquer pessoa sob investigação do Estado.

Nesse sentido, é válido lembrar o teor da Súmula Vinculante nº 14: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

Portanto, se as peças informativas encaminhadas pela Polícia Militar não foram suficientes para formar o convencimento da acusação, mas se mostraram suficientes para demonstrar fundadas razões para uma medida de busca domiciliar, como alegado pelo apelante, esse deveria ter instaurado ou solicitado a instauração de investigação formal para a apuração dos fatos noticiados, antes de requerer outras diligências investigativas que seriam necessárias para a comprovação da infração penal.

Vale esclarecer que a Polícia Militar tem competência para realizar atos investigativos, já que a competência investigativa da Polícia Civil é precípua e não exclusiva. Contudo, a nosso ver, não seria possível que a Polícia Militar promovesse exclusivamente em seu âmbito interno uma investigação em um caso como o dos autos.

Também vale ressaltar que o presente caso não se enquadra em nenhuma hipótese de exceção à competência da polícia judiciária para apuração de infrações penais, conforme possibilita o art. 4º, § único, do CPP. Isto é, não estamos diante de um caso que demande um inquérito extrapolicial por outras autoridades administrativas que não a Polícia Civil.

Portanto, se, conforme bem demonstrado pelo próprio apelante, já foram colhidos elementos informativos suficientes para a demonstração de indícios da prática de crime, deve ser instaurado um procedimento formal de investigação, seja no âmbito do próprio Ministério Público ou da Polícia Civil, antes da continuidade das investigações, para que seja possível, assim, o controle judicial da atividade investigativa e a garantia dos direitos individuais do investigado.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, confirmando a decisão apelada, para que seja instaurada investigação formal antes do deferimento de mandado de busca domiciliar.

Custas pelo Estado.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BRUNO TERRA DIAS E PAULA CUNHA E SILVA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Crime ambiental - Dano direto ou indireto a unidade de conservação - Laudo pericial - Prescindibilidade - Comprovação do delito por outros meios de prova - Materialidade e autoria evidenciadas - Condenação - Necessidade

- A realização do exame técnico-pericial é prescindível quando a materialidade restar comprovada por outros meios de prova (precedentes).

- Comprovadas a materialidade e autoria delitiva, impõe-se a condenação do acusado nas sanções do art. 40 da Lei nº 9.605/98.

V.v.: Quando a lei exige determinada forma, como ocorre no caso do art. 158 do CPP, essa deve ser observada, de modo que, em se tratando de crime que deixa vestígios, a não realização de exame de corpo de delito conduz à absolvição por ausência de prova da materialidade.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0134.17.007986-4/001 - Comarca de Caratinga - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Vagner Teixeira de Matos. - Relator: DES. BRUNO TERRA DIAS.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, por maioria, vencido o Relator, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de abril de 2022 - *Bruno Terra Dias* - Relator.

Voto

DES. BRUNO TERRA DIAS (RELATOR) - Na Vara Criminal da Comarca de Caratinga/MG, V.T.M., qualificado nos autos, foi denunciado incurso no art. 40 da Lei nº 9.605/98 porque, segundo a inicial, no dia 10.09.2017, na Chácara Lagoa Bonitinha, localizada na zona rural do município de Caratinga, causou dano, mediante queimada, em Zona de Amortecimento do Parque Estadual do Rio Doce, sem possuir licença ou autorização do órgão ambiental competente.

Decorrida a instrução, sobreveio a sentença de f. 170/172-v, que julgou improcedente a denúncia, absolvendo o réu de toda a acusação.

Inconformado, apelou o Ministério Público e, em razões juntadas às f. 173-v/177, pede a condenação do réu nos termos da denúncia, com base no teor da prova coligida.

Contrarrazões da defesa às f. 80-v/183, pedindo o improvimento do recurso e a concessão da assistência judiciária gratuita.

Contrarrazões da defesa às f.148, pedindo o improvimento do recurso.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 196/198, opina pelo provimento do recurso ministerial. É o relatório.

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

A inicial descreve que o acusado realizou a queima de uma área de 100 (cem) metros, localizada em Zona de Amortecimento do Parque Estadual do Rio Doce, causando dano à 15 (quinze) árvores nativas em estágio sucessional médio de regeneração florestal.

A conduta atribuída ao denunciado amolda-se ao disposto no art. 40 da Lei n° 9.605/98, tratando-se de crime material, que exige, para a condenação, a constatação de resultado naturalístico, consistente em causar dano aos locais especificados pelo artigo.

Portanto, em se tratando de infração que deixa vestígios, é indispensável a comprovação do dano via exame de corpo de delito, direto ou indireto, nos termos do art. 158 do CPP.

Em consonância:

> Agravo regimental no agravo em recurso especial. Fundamentos inatacados. Súmula n° 182/STJ. Crime ambiental. Arts. 38 e 38-A da Lei n° 9.605/1998. Desmatamento. Ausência de laudo pericial. Crime que deixa vestígios. Nulidade. Absolvição que se impõe. Concessão de *habeas corpus*, de ofício. - Cabe ao agravante, nas razões do agravo regimental, trazer argumentos válidos e suficientes para contestar a decisão impugnada, sob pena de aplicação do Enunciado n° 182 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. - Nos casos em que a infração deixa vestígio, por imperativo legal (art. 158 do Código de Processo Penal), é necessária a realização do exame de corpo de delito direto. Somente será possível a substituição de exame pericial por outros meios probatórios, na forma indireta, para fins de comprovação da materialidade dos crimes ambientais de natureza material - no caso, o art. art. 38 da Lei n° 9.605/1998 - quando a infração não deixar vestígios ou quando o lugar dos fatos tenha se tornado impróprio à análise pelos experts. - Para a tipificação dos delitos previstos nos arts. 38 e 38-A da Lei ambiental é necessário que a conduta tenha sido praticada contra vegetação de floresta de preservação permanente (art. 38) e vegetação primária ou secundária, situada no Bioma Mata Atlântica (art. 38-A). - O tema é complexo, não facilmente identificável por leigos, sendo imprescindível a realização de perícia na medida em que não é qualquer supressão/destruição que caracteriza o ilícito do art. 38 da Lei Ambiental. - No presente caso, foi comprovada a existência de vestígios (imagens do local, laudo de verificação de denúncia, auto de infração do IAP), sendo possível a realização do exame direto, não sendo, todavia, apresentadas justificativas idôneas para a não realização do exame pericial. - Agravo regimental não conhecido. Concessão de *habeas corpus* de ofício para absolver o acusado, diante da ausência de prova de materialidade delitiva (AgRg no AREsp N° 1571857/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. em 15.10.2019, *DJe* de 22.10.2019).

Por oportuno, destaco que no Processo Penal Brasileiro vigora o sistema da persuasão racional, ou do livre convencimento motivado, em que não há hierarquia das provas. Lado outro, é essencial se ter em conta que, quando a lei exige determinada forma, como ocorre no caso do dispositivo legal acima transcrito, essa deve ser observada.

Nos termos do art. 167 do CPP, a ausência da prova técnica somente pode ser suprida pela prova testemunhal excepcionalmente, quando os vestígios tiverem desaparecido.

Nesse sentido, a doutrina de Nucci ao comentar o art. 158 do Código Processo Penal:

> [...] No artigo em comento exige-se, para infração que deixa vestígios, a realização do corpo de delito, direto ou indireto, isto é, a emissão de um laudo pericial atestando a materialidade do delito. Esse laudo pode ser produzido de maneira direta- pela verificação pessoal do perito- ou de modo indireto- quando o profissional se serve de outros meios de provas. Note-se que, de regra, a infração que deixa vestígio precisa ter o exame de corpo de delito direto ou indireto (que vai constituir o corpo de delito direto, isto é, a prova da existência do crime atestada por peritos). Somente quando não é possível, aceita-se a prova da existência do crime de maneira indireta, isto é, sem o exame e apenas por testemunhas. Não nos parece, pois, correta a lição daqueles que, como Tourinho Filho e Magalhães Noronha, dizem que o exame de corpo de delito indireto é o composto pelos depoimentos das testemunhas (Código de Processo Penal comentado v. 1, p. 361; Curso de direito processual penal, p. 104-105). O exame de corpo de delito é sempre produzido por peritos, de maneira direta ou indireta, como já abordado. O corpo de delito, no entanto, pode resultar de forma direta ou indireta. Quando o perito vê o cadáver, analisa-o e atesta ao juiz que houve a morte e como esta se deu, prova-se a materialidade de maneira direta. Quando o cadáver se perde, contando-se com a mera narrativa de leigos que, de longe, viram o réu desferindo tiros na vitima, por exemplo, caindo o corpo no mar e perdendo-se, há a prova indireta da ocorrência da morte. É o corpo de delito indireto. Se o Código de Processo Penal considerasse exame de corpo de delito também os depoimentos testemunhais não teria colocado no art. 167 que, não sendo possível realiza-lo, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta (Nucci, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 444).

No presente caso, considerando que a suposta queimada de área florestal feita pelo acusado deixou vestígios, o laudo pericial não poderia ser suprido pela prova testemunhal e pelas fotografias anexadas ao boletim de ocorrência (f. 04/04-v).

Alega o apelante a existência de legislação e decretos estaduais que conferem à Polícia Militar de Minas Gerais a competência para constatar o descumprimento na legislação ambiental, o que tornaria prescindível a elaboração de laudo por profissional habilitado.

No entanto, observo que as normas citadas pelo *Parquet*, quais sejam, o Decreto n° 44.844 e a Lei n° 20.922/13, dispõem que a PMMG é competente para constatar o descumprimento da legislação ambiental para fins de sanções administrativas, remanescendo a necessidade de produção da prova técnica para fins de condenação criminal.

Nesse sentido, cumpre destacar que a Constituição Federal dispõe, em seu art. 22, que compete exclusivamente à União legislar sobre direito penal e direito processual penal, de modo que deve ser aplicada, no caso em tela, a norma prevista pelo art. 158 do CPP.

Desse modo, ausente prova da materialidade, impõe-se a manutenção da absolvição, nos termos da sentença. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas pelo Estado.

DES.ª PAULA CUNHA E SILVA - No presente caso, após detida análise dos autos, peço vênia ao eminente Desembargador Relator para divergir de seu judicioso voto.

A meu ver, a realização do exame técnico-pericial não se mostra indispensável para a comprovação da materialidade do crime, a qual pode ser evidenciada por outros meios de prova, notadamente a prova oral.

Ora, não se mostra razoável, dentro da busca da verdade real, o não reconhecimento do delito quando ele se encontra devidamente comprovado nos autos, ainda que sem a realização do exame pericial competente, mormente porque a análise das provas constantes nos autos fica ao livre arbítrio do julgador, bem como pelo fato de que a prova pericial sequer o vincula, nos termos do art. 182 do CPP e do princípio do livre convencimento motivado.

A respeito é o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> Agravo regimental no *habeas corpus*. Crimes ambientais. Crime contra a fauna. Ter em cativeiro espécime da fauna silvestre sem a devida licença da autoridade competente (art. 29, § 1º, inc. III, da Lei nº 9.605/1998). Maus tratos (art. 32, *caput*, da Lei nº 9.605/1998). Ausência de laudo pericial. Possibilidade. Materialidade e autoria demonstradas com base em outros elementos probatórios. Afastamento, devidamente fundamentado, do perdão judicial previsto no art. 29, § 2º da Lei nº 9.605/1998. Agravo regimental a que se nega provimento. - Não há que se falar em nulidade por ausência de perícia, máxime quando a materialidade delitiva se assentou em outros elementos de prova contundentes, como o auto de infração, o relatório de fiscalização, o laudo de constatação e as declarações testemunhais (AgRg no AREsp nº 1104676/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. em 11.12.2018, *DJe* de 01.02.2019). - Na hipótese, embora se trate de crime que deixa vestígios, a perícia se mostrou dispensável no caso em análise, uma vez que a conduta típica praticada pelo ora agravante foi amplamente demonstrada pelo auto de prisão em flagrante, bem como pela prova oral colhida ao longo da instrução criminal. Conforme foi consignado pela Corte local, restou claro nos autos que o acusado manteve em cativeiro espécime da fauna silvestre sem licença ou autorização da autoridade ambiental competente, notadamente em razão dos depoimentos dos agentes policiais que foram enfáticos ao relatarem que o acusado mutilou as duas asas do pássaro que mantinha em cativeiro. - Ressalta-se, ainda, que desconstituir as conclusões alcançadas pelas instâncias ordinárias, com fundamento em exame exauriente do conjunto fático-probatório constante dos autos, firmadas no sentido de que a autoria e materialidade dos crimes foram suficientemente demonstradas por outros meios de prova constantes dos autos, a suplantar a realização de exame pericial,

demandaria necessariamente aprofundado revolvimento do contexto de fatos e provas, providência vedada em sede de *habeas corpus*. 4. Não se vislumbra o alegado constrangimento ilegal imposto ao ora agravante em decorrência da não aplicação do perdão judicial previsto no art. 29, § 2º, da Lei de Crimes contra o Meio Ambiente (Lei nº 9.605/1998), pois, como bem entendeu o Tribunal de origem, as circunstâncias do crime não permitem a concessão do benefício, notadamente em razão dos maus tratos sofridos pela ave, que, como visto, teve suas duas asas mutiladas e foi mantida em cativeiro pelo acusado, o que enseja maior reprovabilidade da conduta. - Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC nº 716.459/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. em 08.03.2022, *DJe* de 14.03.2022).

No mesmo sentido é a jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Apelação criminal. Crime ambiental. Crime contra a fauna. Guarda em cativeiro de espécimes da fauna silvestre. Prescindibilidade de exame pericial. Materialidade robustamente comprovada. Prescrição. Reconhecimento de ofício. A ausência do laudo pericial não implica no automático afastamento da materialidade, notadamente quando cabalmente comprovada por outras provas produzidas nos autos. O histórico da ocorrência elaborado pela Polícia Militar Ambiental, descrevendo minuciosamente as espécimes apreendidas, aliado às demais provas documentais e orais produzidas nos autos, revela-se hábil a comprovar a materialidade delitiva. Restando comprovado que o agente mantinha em cativeiro espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida, a condenação é medida que se impõe. Aplicada pena inferior a um ano e decorrido prazo superior a três anos entre a data do recebimento da denúncia e a prolação do acórdão condenatório, é de rigor o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, em sua modalidade retroativa (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0243.16.002186-7/001, Rel. Des. Anacleto Rodrigues, 8ª Câmara Criminal, j. em 08.04.2021, p. da súmula em 14.04.2021).

Apelação criminal. Crime de porte de arma de fogo, crime contra a fauna e corrupção de menores (art. 14 da Lei nº 10.826/03, art. 29, § 4º, III, da Lei nº 9.605/98 e art. 244-B do ECA). Crime de porte de arma de fogo. Absolvição. Impossibilidade. Delito formal. Crime contra a fauna. Ausência de laudo pericial. Prescindibilidade. Comprovação da materialidade por outros meios de prova. Princípio da consunção. Inaplicabilidade. Pretendida absolvição do delito de corrupção de menores. Inviabilidade. Autoria e materialidade devidamente demonstradas. Comprovação da menoridade do adolescente realizada por meio de documento idôneo. Precedentes do STJ. Redução da pena aquém do mínimo legal pela incidência de atenuantes. Vedação. Pleito de isenção das custas processuais. Matéria pertinente ao juízo de execução. - O crime previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/03 caracteriza delito de mera conduta e perigo abstrato. Prescindível para a sua configuração a demonstração de efetivo risco de lesão. - Malgrado o art. 158 do Código de Processo Penal preconize a necessidade de realização de perícia nos delitos que deixam vestígios, o art. 167, do mesmo Diploma Normativo, prevê hipótese subsidiária, permitindo que a prova testemunhal supra o exame pericial, em perfeita conformidade com o princípio da persu

> asão racional [...] (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0313.18.019878-7/001, Rel. (a): Des. Wanderley Paiva, 1ª Câmara Criminal, j. em 25.01.0022, p. da súmula em 04.02.2022).

Pois bem. No caso em apreço, não há dúvidas que o denunciado incorreu nas iras do art. 40 da Lei nº 9.605/98 que assim dispõe:

> Art. 40. Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização:
>
> Pena - reclusão, de um a cinco anos.
>
> § 1º Entende-se por Unidades de Conservação de Proteção Integral as Estações Ecológicas, as Reservas Biológicas, os Parques Nacionais, os Monumentos Naturais e os Refúgios de Vida Silvestre (Redação dada pela Lei nº 9.985 de 2000).

Sobre as unidades de conservação são as lições dos doutrinadores Victor Eduardo Rios Gonçalves e José Paulo Baltazar Junior:

> O objeto primeiro do crime são as unidades de conservação, tal como definidas pelo art. 2º, I, da Lei nº 9.985/2000, ou seja: "espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção". Já o art. 27 do Decreto nº 99.274/90 trata do entorno de UCs, com a seguinte redação: "Nas áreas circundantes das Unidades de Conservação, num raio de dez quilômetros, qualquer atividade que possa afetar a biota ficará subordinada às normas editadas pelo Conam" (Gonçalves, Victor Eduardo Rios; Baltazar Junior, José Paulo. *Legislação penal especial esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019).

Na hipótese, restou evidenciado que o acusado, sem autorização do órgão ambiental competente, ateou fogo causando danos a árvores nativas em uma área de 100m² (cem metros quadrados), conforme fotografias de f. 04.

A despeito da ausência de laudo pericial, após requerimento do Ministério Público, a Secretaria de Estado do Meio Ambiente, por meio do Núcleo de Denúncias e Requisições do Leste Mineiro (NUDEN-LM), expediu o ofício de nº 482/2018, o qual atestou que "a área de intervenção mencionada está localizada dentro do respectivo parque, em sua zona de amortecimento" (Parque Estadual do Rio Doce) (f. 14).

Sobre a credibilidade do ofício emitido por órgão competente, coaduno do entendimento lançado pela d. Procuradoria de Justiça em seu parecer:

> Em que pese a argumentação apresentada pela defesa, as provas coligidas nos autos são suficientes para condenação do apelado. Isso porque o boletim de ocorrência foi instruído com as fotos do local, que o próprio apelante afirma ser seu lote.
>
> Constata-se através do ofício da Diretoria Regional de Fiscalização Ambiental, órgão ligado à Secretaria do Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, do Governo desse Estado, por meio do NUDEN-LM, que as coordenadas geográficas, presentes no histórico do REDS, são de uma área localizada na zona de amortecimento do Parque Estadual do Rio Doce (f. 14).
>
> Ofício em questão foi elaborado pela Secretaria do Governo Estadual responsável pelo Meio Ambiente, assim, mais do que competente para afirmar se o posicionamento geográfico em questão está inserido em uma zona de amortecimento (f. 197).

Não bastasse a comprovação da materialidade por meio do boletim de ocorrência e do citado ofício, a prova oral não deixa dúvidas acerca da materialidade e autoria delitivas.

Muito embora o acusado, em juízo, tenha negado a autoria delitiva (f. 80), suas declarações não convencem, uma vez que não encontram apoio no conjunto probatório.

Ora, sob o crivo do contraditório, o policial militar L.J.M. confirmou o histórico da ocorrência, salientando que o acusado ocupa a área em que ocorreram os fatos, tendo o denunciado assumido que queimou a área para realizar uma limpeza. Frisou que o denunciado não possuía autorização para a conduta e que árvores foram danificadas (sistema audiovisual).

No mesmo sentido é o depoimento judicial do policial ambiental A.S.M., o qual alegou que o réu admitiu ter colocado foco naquele local, o que causou danos a árvores (sistema audiovisual).

Muito esclarecedoras são as declarações ofertadas, em juízo, pela testemunha V.C. que afirmou que o acusado estava acendendo fogo em um terreno invadido para limpar o lugar para fins de plantio. Confirmou que as fotografias constantes nos autos são referentes à área incendiada (sistema audiovisual).

In casu, não restou comprovado que as testemunhas pretendam deturpar a verdade, imputando crime a uma pessoa inocente.

Assim, existindo provas suficientes acerca da prática delitiva, não há que se falar em absolvição do réu, sendo de rigor, portanto, a reforma da sentença para a condenação do acusado nas iras do art. 40 da Lei nº 9.605/98, nos moldes da denúncia.

Passo, pois, a aplicar a reprimenda do apelado.

A culpabilidade do réu, na espécie, é ínsita e própria do tipo penal; é primário (CAC de f. 56); não há dados para aferir a sua conduta social, bem como a sua personalidade; os motivos são comuns aos delitos dessa natureza; as circunstâncias são normais do tipo penal; não houve maiores consequências; não havendo falar, ademais, em contribuição da vítima para a prática do crime.

Assim, na primeira fase da dosimetria, sendo amplamente favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixo a pena-base no mínimo legal, mais precisamente, em 1 (um) ano de reclusão, a qual torno definitiva à míngua de atenuantes/agravantes ou causas de aumento/diminuição a serem reconhecidas.

Diante do *quantum* de pena e sendo amplamente favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, bem como as do art. 6º da Lei nº 9.605/98, fixo o regime aberto para o cumprimento da reprimenda (art. 33, § 2º, *c*, e § 3, CP).

Presentes os requisitos do art. 44 do CP e do art. 7º, II, da Lei nº 9.605/98, substituo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, ficando a implementação de tal pena a cargo do Juízo da execução penal.

Ausentes motivos para a decretação da prisão, concedo ao acusado o direito de recorrer em liberdade. Suspendo os direitos políticos do réu, oficiando-se o TRE para fins do art. 15, III, da CF.

Isso porque o citado artigo dispõe que a suspensão dos direitos políticos se dará em virtude de condenação criminal transitada em julgado e deve vigorar enquanto durarem os efeitos da condenação. Ademais, impõe-se a suspensão dos direitos políticos independentemente do tipo de pena aplicada, do regime fixado ou se foi concedida a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Com efeito, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> Penal e processo penal. Suspensão dos direitos políticos. Autoaplicação. Consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado. Natureza da pena imposta que não interfere na aplicação da suspensão. Opção do legislador constituinte. Recurso conhecido e provido. - A regra de suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, III, é autoaplicável, pois trata-se de consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado. - A autoaplicação independe da natureza da pena imposta. - A opção do legislador constituinte foi no sentido de que os condenados criminalmente, com trânsito em julgado, enquanto durar os efeitos da sentença condenatória, não exerçam os seus direitos políticos. - No caso concreto, recurso extraordinário conhecido e provido. (RE nº 601182, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. em 08.05.2019, Repercussão Geral - Mérito, DJe-214, d. em 01.10.2019, p. em 02.10.2019).

Nesse mesmo sentido, eis a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> Embargos infringentes e de nulidade. Suspensão dos direitos políticos. Efeito da condenação. Embargos infringentes rejeitados. - A suspensão dos direitos políticos é efeito automático da sentença penal condenatória transitada em julgado. (TJMG -Emb Infring e de

> Nulidade n° 1.0142.17.001541-6/002, Rel. Des. Júlio César Lorens, 5ª Câmara Criminal, j. em 18.08.2020, p. em 26.08.2020).
>
> Apelação criminal. Embriaguez ao volante. Suspensão dos direitos políticos do condenado. Efeito automático da condenação. - A suspensão dos direitos políticos é efeito automático da condenação, independentemente do tipo de sanção aplicada, se privativa de liberdade ou restritiva de direitos, nos termos do que dispõe o art. 15, inc. III, da CR/88. (TJMG - Apelação Criminal n° 1.0433.19.018911-1/001, Rel. Des. Fortuna Grion, 3ª Câmara Criminal, j. em 05.08.2020, p. em 14.08.2020).

Com tais considerações, dou provimento ao recurso do Ministério Público para condenar o apelado V.T.M. nas sanções do art. 40 da Lei n° 9.605/98 à pena de 01 (um) ano de reclusão, em inicialmente regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade.

Operado o trânsito em julgado para o Ministério Público, determino sejam os autos remetidos ao douto Juízo de primeiro grau para examinar a ocorrência de eventual prescrição da pretensão punitiva estatal.

Determino que o Juízo da execução que, após o trânsito em julgado da decisão condenatória (a) expeça o competente mandado de prisão, nos termos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) n° 43, 44 e 54, o Supremo Tribunal Federal; (b) suspenda os direitos políticos do réu, enquanto durarem os efeitos da condenação, nos termos do art. 15, inc. III, da Constituição Federal.

Sem custas porquanto o recorrente é o Ministério Público. É como voto.

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - Redobrando vênia ao d. Relator, acompanho a divergência inaugurada pela d. Revisora.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR.

Habeas corpus - Posse irregular de arma de fogo de uso permitido - Concessão do direito de recorrer em liberdade - Paciente beneficiado com a liberdade provisória no curso da ação penal - Possibilidade - Ausência de contemporaneidade da medida - Liberdade concedida há mais de três anos - Inexistência de elementos supervenientes - Carência de elementos atuais que indiquem o *periculum libertatis*

- O requisito da urgência é intrínseco às medidas cautelares e, em relação às prisões provisórias, é comprovado - através da demonstração dos riscos atuais - que a liberdade do agente pode ensejar o *periculum libertatis*.

- Considerando o transcurso de mais de três anos entre a concessão da liberdade provisória, no curso da ação penal, e a prolação da sentença condenatória, inexistindo qualquer elemento superveniente que demostre a inequívoca necessidade de negar ao paciente o direito de recorrer em liberdade, mostra-se ausente o requisito da contemporaneidade, sendo de rigor a revogação da prisão preventiva.

***HABEAS CORPUS* CRIMINAL N° 1.0000.22.134328-8/000 - Comarca de Ubá - Paciente: T.L.F. C.C. - Autoridade Coatora: Juiz de Direito de Vara Criminal de Ubá. - Relatora: DES.ª PAULA CUNHA E SILVA.**

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em CONCEDER PARCIALMENTE A ORDEM.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2024. - *Paula Cunha e Silva* - Relatora.

Voto

DES.ª PAULA CUNHA E SILVA - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de T.L.F.C.C., objetivando a concessão do direito de apelar em liberdade, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ubá/MG.

Narra a impetração que o paciente foi preso em flagrante no dia 14.11.2018, pela suposta prática dos delitos de tráfico de drogas e posse irregular de arma de fogo, custódia convertida em preventiva.

A il. defesa impetrou *habeas corpus* (n° 1.0000.18.141065-5/000), cuja ordem foi denegada por esta egrégia Câmara Criminal. Posteriormente, houve interposição de recurso em *habeas corpus* ao co-

lendo Superior Tribunal de Justiça (RHC n° 108.589/MG; 2019/0049647-4), quando foi concedida a liberdade ao paciente, o qual, segundo a impetração, permaneceu solto até a prolação da sentença.

Em primeira instância, o imputado foi absolvido do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n° 11.343/06, e condenado pela prática do delito disposto no art. 12 da Lei n° 10.826/03, à pena de 2 (dois) anos de detenção, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e 20 (vinte) dias-multa, à razão mínima. Na mesma decisão, foi-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.

Afirma o impetrante que o decreto cautelar está destituído de fundamentação adequada, uma vez que a autoridade judicial considerou que o paciente "respondeu a todo o processo em cárcere", ao passo que, em verdade, ele permaneceu em liberdade.

Diante do exposto, pede, liminarmente, seja expedido o alvará de soltura em favor do paciente e, no mérito, a ratificação do provimento.

A inicial veio instruída dos documentos de ordem 02/14. O pedido liminar foi indeferido à ordem 15.

A autoridade impetrada prestou as informações requisitadas, bem assim juntou documentos à ordem 16/18.

Instado a se manifestar, o douto Procurador de Justiça opinou pela concessão parcial da ordem (parecer eletrônico de ordem 19).

É o relatório.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do *writ*.

Pois bem. O paciente foi preso em flagrante no dia 14.11.2018, pela suposta prática dos delitos de tráfico de drogas e posse irregular de arma de fogo, custódia convertida em preventiva.

A il. defesa impetrou *habeas corpus* (n° 1.0000.18.141065-5/000), cuja ordem foi denegada por esta e. Câmara Criminal. Posteriormente, houve interposição de recurso em *habeas corpus* ao c. Superior Tribunal de Justiça (RHC n° 108.589/MG; 2019/0049647-4), quando foi concedida a liberdade ao paciente.

O deferimento liminar ocorreu em 28.02.2019 (ordem 11) e foi confirmado em 27.08.2019, pelo Superior Tribunal de Justiça (ordem 13). O paciente permaneceu solto até a prolação da sentença de ordem 14.

Após a instrução criminal, em primeira instância, o imputado foi absolvido do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n° 11.343/06, e condenado pela prática do delito disposto no art. 12 da Lei n° 10.826/03, à pena de 2 (dois) anos de detenção, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e 20 (vinte) dias-multa, à razão unitária mínima. Na mesma decisão, datada de 18.05.2022, foi-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.

Diante desse quadro fático, julgo ser o caso de concessão parcial da ordem.

É sabido que a prisão preventiva deve estar obrigatoriamente vinculada à minuciosa análise dos requisitos dispostos no art. 312 e seguintes do CPP, e não à gravidade abstrata do delito, uma vez que a Lei nº 12.403/2011 passou a tratá-la como medida excepcional, utilizada tão somente quando presentes os seus pressupostos autorizadores, além de não cabíveis a decretação de outras medidas cautelares diversas da segregação cautelar no caso em análise (art. 282, § 6º, do CPP).

Sobre o tema, leciona Aury Lopes Junior:

> [...] O art. 282, § 6º, é importante e consagra a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado, enfatizando a necessidade de análise sobre a adequação e suficiência das demais medidas cautelares.
>
> [...] Portanto, a prisão preventiva pressupõe que se esgotem as possibilidades de substituição pelas medidas cautelares diversas e essa impossibilidade não é presumida, senão que exige uma fundamentação idônea, com fulcro em elementos presentes no caso concreto e de forma individualizada. Destarte, não há espaço para argumentos vagos, genéricos ou formulários, exigindo-se uma análise individualizada e com base em elementos do caso concreto em questão (Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 925).

Desse modo, admite-se a decretação da prisão preventiva nas hipóteses do art. 313 do CPP quando restarem satisfeitos os requisitos do art. 312 do mesmo diploma legal, quais sejam, existência de prova do crime e indícios suficientes de autoria, além da demonstração da necessidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal; ou, em caso de descumprimento de qualquer das condições de medidas cautelares (art. 282, § 4º, CPP).

Na hipótese, ainda que presentes as circunstâncias genéricas autorizadoras da medida cautelar, nos termos do art. 313 do CPP, não se mostram atendidos, nesse momento, os demais requisitos concretos e excepcionais que ensejam a decretação da prisão preventiva do agente.

Isso porque, a meu ver, a conduta do recorrido, ainda que não seja de menos importância, não é de elevada gravidade a ponto de, *per si*, demonstrar a necessidade de sua segregação cautelar mais de três anos após a concessão da liberdade provisória no curso da ação penal.

Não desconheço que o sentenciado possui outro registro criminal, como muito bem destacado pelo d. Juiz *a quo* na decisão condenatória, quando da dosimetria da pena. É que a certidão de antecedentes criminais do agente registra uma condenação transitada em julgado em seu desfavor, pela prática do delito do art. 129, § 1º, II, do Código Penal (CAC de ordem 18).

Ocorre que, *in casu*, mesmo diante desses fatos, a ausência de contemporaneidade mostra-se uma barreira para a negativa do direito de recorrer em liberdade, com o restabelecimento da prisão preventiva, uma vez que transcorridos mais de três anos da soltura do agente.

Sabe-se que o requisito da urgência é intrínseco às medidas cautelares e, no caso das prisões preventivas, fundamenta-se tal requisito nos riscos atuais que a liberdade do acusado possa vir a provocar.

Vale dizer que não há nos autos qualquer informação contemporânea da prática de crimes supervenientes ou de descumprimento das medidas cautelares impostas ao paciente.

Também inexiste qualquer indício nos autos de que ele tenha dificultado a realizações das investigações ou a instrução probatória, não sendo possível a decretação da prisão para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Desconhecido, portanto, motivos atuais que demonstrem o inequívoco *periculum libertatis* do agente, o que, somado à ausência de excepcional gravidade concreta dos delitos, a meu ver, impossibilita, neste momento, a decretação da prisão preventiva almejada.

Ressalte-se que o art. 312, § 2º, do CPP, com redação dada pela Lei nº 13.964/19 (Pacote anticrime), prevê a necessidade de contemporaneidade dos fatos para a decretação da prisão preventiva. Confira-se:

> Art. 312 do CPP. [...]
>
> § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência).

Sobre o tema, Rogério Sanches Cunha leciona que "a contemporaneidade pressupõe que o lapso temporal entre os fatos imputados e a determinação da prisão seja curto, leia-se, é necessário que haja proximidade temporal entre ambos" (*Pacote Anticrime*: Lei 13.964/2019 - comentários às alterações no CP, CPP e LEP. 2ª ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPodivm, 2021. p. 292).

Não foi diferente o posicionamento externado pelo il. Procurador de Justiça, em seu parecer: "Assim, uma vez revogada a prisão preventiva de T., nova decretação pressupõe a ocorrência de fatos novos aptos a justificarem a adoção da medida, o que, *in casu*, não ocorreu, haja vista que a autoridade impetrada impôs a segregação cautelar considerando que o réu, respondeu a todo o processo em cárcere" (ordem 19).

Nesses termos é o pacífico posicionamento do c. Superior Tribunal de Justiça e desta e. Corte de Justiça:

> Recurso ordinário em *habeas corpus*. Prisão preventiva decretada na sentença. Roubo majorado. Recorrente respondeu ao processo em liberdade. Ausência de contemporaneidade. Configuração. Constrangimento ilegal. Evidência. [...] - Assim, verifica-se que os fundamentos invocados para a decretação da prisão não apresentam, portanto, relação de contemporaneidade com a fase em que se encontra o feito. Ou seja, não se trata de

> fato novo, a evidenciar o constrangimento ilegal imposto ao insurgente pelas instâncias ordinárias. [...] (RHC n° 144.295/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, j. em 17.08.2021, *DJe* de 25.08.2021).
>
> *Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Associação para o tráfico. Sentença condenatória. Negativa do direito de recorrer em liberdade. Ausência de contemporaneidade. Ordem concedida. Extensão dos efeitos. Necessidade. - A falta de contemporaneidade entre os crimes praticados pelo réu e o decreto prisional, somada à inocorrência de fatos novos que justifiquem a adoção da medida mais gravosa, conduz à ilegalidade da prisão preventiva, impondo-se a sua revogação (TJMG - *Habeas corpus* Criminal n° 1.0000.19.129751-4/000, Rel. Des. Maria Luíza de Marilac, 3ª Câmara Criminal, j. em 05.11.2019, p. da súmula em 08.11.2019).
>
> *Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Negativa do direito de recorrer em liberdade. Paciente solto durante a instrução. Ausência de contemporaneidade. Preventiva revogada. Medidas cautelares diversas da prisão suficientes. - Diante da falta de contemporaneidade entre o crime praticado e o decreto preventivo e tendo em vista a inexistência de fatos novos aptos a justificarem a segregação cautelar do paciente, a revogação da prisão é medida que se impõe. - Soma-se que o agente comprovou ocupação lícita, possui filho menor com necessidades especiais, sem olvidar que a Portaria Conjunta n° 19/PR-TJMG/2020 e a Resolução n° 62 do CNJ recomendam a revisão das prisões cautelares. - Ordem concedida (TJMG - *Habeas corpus* Criminal n° 1.0000.20.550467-3/000, Rel. Des. Dirceu Walace Baroni, 8ª Câmara Criminal, j. em 12.11.2020, p. da súmula em 12.11.2020).

Por outro lado, visando evitar riscos para o meio social e a fim de garantir a aplicação da lei penal, devem ser aplicadas medidas cautelares em substituição à prisão preventiva, cuja imposição deve ficar a critério do Juiz *a quo*.

Como bem ensina Nucci:

> Muitos acusados, que merecem algum tipo de restrição em sua liberdade, pelo fato de estarem respondendo a processo-crime, em virtude da prática de crime grave, não precisam, necessariamente, seguir para o cárcere fechado. Por vezes, medidas alternativas serão suficientes para atingir o desiderato de mantê-lo sob controle e vigilância (NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 82).

Nesse sentido, o julgado deste eg. TJMG:

> *Habeas corpus*. Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Ausência de indicação com base em dados concretos dos fundamentos à manutenção da segregação cautelar. Aplicação de medidas cautelares diversas. Possibilidade. - Inexistindo indicativos concretos no sentido de que possa o paciente, se solto responder ao processo, gerar riscos à comunidade, à instrução do feito ou à efetividade da sanção que eventualmente venha a lhe ser aplicada, há de ser privilegiada a solução

> libertária, ainda que mitigada por outras medidas restritivas. - Observados os critérios dispostos no art. 282 do CPP, recomenda-se a concessão da liberdade provisória com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP (TJMG - *Habeas corpus* Criminal nº 1.0000.21.256948-7/000, Rel. Des. Paulo Calmon Nogueira da Gama, 7ª Câmara Criminal, j. em 09.12.2021, p. da súmula em 09.12.2021).

Assim sendo, respeitados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, sem prejuízo de revogação da benesse e restabelecimento da segregação, em caso de surgimento de fato novo a justificá-la.

Diante do exposto, concedo parcialmente a ordem para substituir a prisão preventiva por medidas cautelares alternativas, inclusive eventual monitoração eletrônica, que deverão ser fixadas pelo MM. Juiz *a quo*, nos termos do art. 319 do CPP.

Oficie-se o d. Magistrado para que providencie a expedição do competente alvará de soltura em favor do paciente, a ser cumprido após ciência nos autos das medidas impostas, mediante assinatura de termo de compromisso, salvo se por outro motivo estiver preso.

Por fim, fica o agente ciente, desde já, que o descumprimento das imposições, implicará em prisão preventiva, conforme disposto no art. 312, § 1º, do CPP.

Envie-se, imediatamente, cópia desta decisão para ser juntada ao respectivo processo (art. 461 do RITJMG). Sem custas.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES RUBENS GABRIEL SOARES E FURTADO DE MENDONÇA.

Súmula - CONCEDERAM PARCIALMENTE A ORDEM.

Apelação criminal - Apropriação indébita majorada em razão de ofício, emprego ou profissão (art. 168, § 1º, III, do Código Penal) - Absolvição pelo princípio da insignificância- Inaplicabilidade - Hipótese de erro justificante - Não configuração - Reconhecimento da atenuante da confissão espontânea - Necessidade.

- Incabível na espécie a aplicação do denominado "princípio da insignificância", haja vista a ausência de expressa previsão legal no ordenamento jurídico pátrio.

- Inexistindo nos autos qualquer elemento probatório a corroborar o erro justificante por parte da recorrente, ônus esse que seria de sua defesa, impossível sua absolvição.

- Estando devidamente comprovada a ocorrência da atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea *d*, do CP), tendo o agente, na fase extrajudicial, confessado espontaneamente a prática do delito, ela deve ser reconhecida.

Apelação Criminal nº 1.0103.16.000808-4/001 - Comarca de Caldas - Apelante: C.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Relator: Juiz de Direito Convocado José Luiz de Moura Faleiros.

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, 27 de abril de 2022. - *José Luiz de Moura Faleiros*. – Relator.

Voto

JD. CONVOCADO JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS - Trata-se de recurso de apelação, interposto por C.M., em face da sentença de f. 137/141, que o condenou como incurso nas sanções do art. 168, § 1º, III, do Código Penal, à pena de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 16 (dezesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo, tendo sido negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que

> Consta do incluso inquérito policial que, no dia 01 de setembro de 2015, por volta das 10 horas, o ora denunciado C.M. apropriou- se, indevidamente, da quantia de R$100,00 (cem reais), em pecúnia, em pecúnia, de um aparelho de telefonia móvel e de uma pasta de couro contendo um mostruário de produtos, avaliados em aproximadamente R$ 230,00 (duzentos e trinta reais), que lhe foram entregues, em confiança, pela vítima Cezar

> Augusto de Vito, para o desempenho da função de vendedor, junto à empresa desta, denominada Toldos Taís.

Consoante apurou, o denunciado havia sido contratado pela vítima como vendedor, e, em razão do emprego, recebeu dela, na data dos fatos, a referida soma em dinheiro, celular e a pasta de couro, que continha mostruário dos produtos da empresa "Toldos Taís".

O denunciado, entretanto, revelando propósito de apropriar-se não só do montante em dinheiro que lhe foi repassado, mas também da pasta de couro do celular, não chegou a desempenhar a função de vendedor tampouco prestou qualquer satisfação à vítima, retendo, consigo, os referidos bens.

A denúncia foi recebida em 21 de julho de 2017 (f. 44).

A sentença foi publicada em cartório em 02 de julho de 2021 (f. 141v).

Inconformada, apelou a defesa, pretendendo, em síntese, a absolvição do acusado, por atipicidade da conduta, em face da sua insignificância. Alternativamente, requereu que o réu seja considerado inocente, ante a ocorrência de erro justificado. Por fim, pede a aplicação da atenuante relativa à confissão espontânea, bem como que sejam arbitrados honorários ao advogado dativo (f. 148/151).

Em contrarrazões, o Ministério Público de 1º grau pugnou pelo conhecimento e não provimento do recurso (f. 153/156). No mesmo sentido, é o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (f. 161/164).

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Não tendo sido arguidas preliminares, nem vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

A materialidade delitiva restou demonstrada pela portaria de f. 012, boletim de ocorrência de f. 03/04, termo de declaração de f. 13/14, 16/17 e 19/20, auto de avaliação indireto de f. 33 e prova oral produzida nos autos.

A autoria também restou inequivocamente demonstrada, não havendo sequer inconformismo defensivo em relação a ela.

Pugna a defesa, em síntese, pelo reconhecimento do atipicidade da conduta, em observância ao princípio da insignificância.

Contudo, ressalvo que, no meu entender, o referido princípio tem por finalidade única servir de instrumento orientador do Poder Legislativo no momento de fazer a seleção das condutas que serão consideradas relevantes para o Direito Penal, o que se dará com base no grau de lesividade ao bem jurídico tutelado.

Tal princípio não encontra assento em nossa legislação, daí que a sua aplicação pelo Poder Judiciário para fins de afastamento da tipicidade material implica em ofensa ao princípio da reserva legal, bem como ao princípio da independência dos poderes, visto que estaria o Judiciário usurpando função inerente ao Poder Legislativo.

Sobre o tema, trago a comento os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt, *in verbis*:

> [...] A seleção dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal e os critérios a serem utilizados nessa seleção constituem função do Poder Legislativo, sendo vedada aos intérpretes e aplicadores do direito essa função, privativa daquele Poder Institucional. Agir diferentemente constituirá violação dos sagrados princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos Poderes. O fato de determinada conduta tipificar uma infração penal de menor potencial ofensivo (art.98, I, da CF) não quer dizer que tal conduta configure, por si só, o princípio da insignificância. [...] Os limites do desvalor da ação, do desvalor do resultado e as sanções correspondentes já foram valoradas pelo legislador. As ações que lesarem tais bens, embora menos importantes se comparados a outros bens como a vida e a liberdade sexual, são social e penalmente relevantes [...] (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado Direito Penal: Parte Geral I. 15ª ed. Editora Saraiva, 2010, p.51).

No mesmo sentido vem se manifestando este Egrégio Tribunal de Justiça:

> Apelação criminal. Furto qualificado. Autoria e materialidade. Prova adequada. Concurso de agentes comprovado. Princípio da insignificância. Ausência de previsão legal. Condenação mantida. - Induvidosas materialidade e autoria, não se pode falar em insuficiência de provas para expedição do decreto condenatório. - Evidenciada a conduta criminosa perpetrada por diversos meliantes, deve a qualificadora respectiva (concurso de agentes) ser mantida. - O princípio da insignificância não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico. - Apelação não provida (TJMG - Apelação Criminal n° 1.0024.06.249684-9/001 - Relator: Des. Ediwal José de Morais, j. em 03.11.2009, p. em 21.01.2010).

Ademais, é certo que a utilização do princípio da insignificância não pode constituir válvula de escape para a impunidade de criminosos.

Agasalhar a tese em questão significaria tornar "insignificantes a moral, a ética e os bons costumes", fato que causaria verdadeira balbúrdia na ordem econômica e intranquilidade social, pois todos, indistintamente, estariam autorizados a praticar delitos de natureza patrimonial, impunemente, desde que de pequeno valor econômico.

Dessa forma, não há que se falar em aplicação do princípio da insignificância, conforme pretendido pelo apelante.

Requereu a defesa, ainda, o reconhecimento do erro justificante a fim de inocentar o acusado.

Sendo assim, no caso em tela, não há que se falar em absolvição por ausência de prejuízo ou por insuficiência probatória, razão pela qual mantenho a condenação da acusada pela prática do delito de apropriação indébita, previsto no art. 168, § 1º, inciso III, do CP.

Também, não merece prosperar a alegação do réu de que agiu mediante erro justificante, por acreditar que poderia reter os objetos para si em virtude de valores não adimplidos pelo empregador.

Sobre o tema, leciona Rogério Greco:

> Entende-se por erro de tipo aquele que recai sobre as elementares, circunstâncias ou qualquer dado que se agregue a uma determinada figura típica, ou ainda aquele, segundo Damásio, incidente sobre os 'pressupostos de fato de uma causa de justificação ou dados secundários da norma penal incriminadora' (GRECO, Rogério).

E, de acordo com Wessels, ocorre um "erro de tipo quando alguém não conhece ao cometer o fato, uma circunstância que pertence ao tipo legal. O erro de tipo é o reverso do dolo do tipo: quem atua não sabe o que faz, falta-lhe, para o dolo do tipo, a representação necessária".

Seria o caso, portanto, de faltar ao réu a consciência de que pratica uma infração penal, o que resultaria no afastamento do dolo ou na isenção de pena. Entretanto, não restou demonstrado nos autos que o réu tinha desconhecimento absoluto da realidade apta a justificar o afastamento da conduta criminosa.

Ao aceitar a incumbência de representante comercial da empresa, a afirmação que não tinha conhecimento de que não poderia reter os materiais necessários ao desempenho do ofício consiste em desconhecimento da lei, o que não pode ser usado em seu favor.

Assim, tenho por amplamente demonstrada a incursão da conduta com todas as suas elementares pelo apelante nas iras do art. 168, § 1º, III, do Código Penal, não merecendo maiores considerações as alegações defensivas.

Quanto à dosimetria da pena, a r. sentença primeva merece um pequeno reparo.

A pena-base foi corretamente fixada no mínimo legal, qual seja, 01(um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em razão da consideração favorável de todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, não havendo qualquer alteração a ser feita.

Na segunda fase, presente a circunstância atenuante da confissão espontânea, já que, perante juízo,

> o acusado, em interrogatório judicial (f. 118), confessou ter sido contratado para o agenciamento referido, aduzindo que a vítima lhe entregou os bens indicados, acrescentando que reteve consigo o telefone celular em razão de não ter recebido valores prometidos a título de comissão de vendas (f. 138).

Quanto à definição do que vem a ser confissão espontânea, trazemos à baila o escólio de Guilherme de Souza Nucci, *in verbis*:

> Confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Ed.RT: 2010, p.442/443).

Sendo assim, entendo que, nesta fase, a pena deve permanecer no patamar mínimo legal, qual seja, 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, diante da compensação da atenuante acima explicitada com a reincidência do acusado, constatada através da CAC de f. 119/123).

Na terceira fase, presente a causa de aumento de pena do 1º, inciso III, do art., 168, do CP, majoro a reprimenda em 1/3 (um terço), concretizando-a em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, em seu valor unitário mínimo.

Mantenho o regime semiaberto para o cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, do CP, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e dos benefícios do *sursis*, em razão da reincidência do apelante.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, apenas para reconhecer em favor do apelante a circunstância atenuante da confissão espontânea, concretizando a reprimenda em, 01(um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, em seu valor unitário mínimo, vedada a substituição da pena corporal por restritivas de direitos e a aplicação do *sursis*, mantendo, quanto ao mais, a r. sentença fustigada.

Considerando os parâmetros que vêm sendo adotados por este eg. TJMG, firmados no IRDR nº 1.0000.16.032808-4/002 ("A partir de 29.09.2017 é impositiva a observância da tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB/MG, *ex vi* do disposto no artigo 272 da CEMG, no artigo 22, § 1º Lei 8.906/94 (art. 22, § 1º) e, ainda, no art. 1º, § 1º, da Lei Estadual de nº 13.166/1999."), e a data da nomeação da defesa dativa (06.10.2017 - f. 226), fixo os honorários do advogado dativo, o Dr. B.E.B., OAB/MG 161.152, em R$500,49 (quinhentos reais e quarenta e nove centavos), pela sua atuação na fase recursal.

É como voto.

DES. SÁLVIO CHAVES - Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, também conheço do recurso.

Acompanho o voto do eminente Desembargador Relator, pedindo-lhe vênia, apenas, para deixar consignado meu entendimento acerca da possibilidade da aplicação do princípio da insignificância em determinados casos, considerando suas peculiaridades, sendo que, aqui, tal princípio não incide.

É que o posicionamento expressado no voto do e. Relator traduz a ideia de total descabimento do princípio supracitado, ao rejeitar qualquer consideração sobre a insignificância do delito feita pelo aplicador da lei. Da mesma perspectiva, não partilho, pelas razões a seguir aduzidas.

Consoante entendimento já consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal (HC 108.149), como causa supralegal de exclusão da tipicidade, o princípio da insignificância tem aplicação quando preenchidos os seguintes requisitos: a) mínima ofensividade da conduta perpetrada pelo agente; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Neste sentido, veja-se aresto do julgado Relatado pelo eminente Ministro Dias Toffoli:

> *Habeas corpus*. Penal. Princípio da insignificância. Condenação. [...] - A configuração do delito de bagatela, conforme tem entendido a Corte, exige a satisfação de determinados requisitos, a saber: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC nº 84.412/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, *DJe* de 19.11.04). [...] - Não se mostra razoável movimentar o aparelho estatal para conferir relevância típica a um furto de pequena monta quando, como já sinalizado pelo Ministro Gilmar Mendes, "as condições que orbitam o delito revelam a sua singeleza miudeza e não habitualidade" (HC nº 94.220/RS, Segunda Turma, *DJe* de 1º.07.10). [...] - Ordem de *habeas corpus* concedida para reconhecer a incidência do princípio da insignificância no caso, absolvendo-se, assim, o paciente com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal (STF - HC 136.896/MS - Relator: Ministro Dias Toffoli - Segunda Turma - *DJ* de 17.02.2017).

Como cediço, a aplicação do referido princípio afasta a tipicidade material, tendo em vista a mínima repercussão da conduta do agente sobre o bem jurídico tutelado.

No entanto, no caso em questão, não visualizo a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, uma vez que, do teor das informações constantes nos autos, tem-se que o montante subtraído, R$230,00 (duzentos e trinta reais), conforme avaliado pelo laudo de avaliação indireta à f. 33, equivale a mais de 28% (vinte e oito por cento) do salário mínimo vigente à época do fato (R$788,00), de forma que não pode a res furtiva ser considerada de valor inexpressivo, não se adequando, portanto, aos critérios elencados pelo Supremo Tribunal Federal para incidência da mencionado princípio.

Sobre o valor da "res furtiva", por ser ele considerado expressivo, o col. STJ firmou posicionamento de que tal particularidade obsta o reconhecimento do princípio da insignificância.

Neste sentido:

> Agravo regimental no *habeas corpus*. Penal. Furto tentado. Pleito de aplicação do princípio da insignificância. Inviabilidade. Valor dos objetos superior a 10% do salário mínimo. Presença de antecedente por crime contra o patrimônio. Reprovabilidade da conduta do agente. Restituição dos bens subtraídos à vitima. Desinfluência. Agravo desprovido. - A aplicabilidade do princípio da insignificância no delito de furto é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. - Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é "incabível a aplicação do princípio da insignificância quando o montante do valor da res furtiva superar o percentual de 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos" (AgRg no REsp 1.729.387/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 03.05.2018, *DJe* de 09.05.2018). - No caso, o valor da *res furtivae* - duas garrafas de *whisky* avaliadas em R$106,90 (cento e seis reais e noventa centavos) - é superior a 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente à época dos fatos, R$788,00 (setecentos e oitenta e oito reais). Desse modo, a referida quantia, nos termos do entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, não pode ser considerada insignificante. - Ademais, consta que o Agravante pos-

> sui condenação pela prática de crime contra o patrimônio (tem antecedente pela prática do crime de receptação), de forma que também se revela incabível a aplicação do princípio da insignificância ante a evidente reprovabilidade da conduta, evidenciada pela habitualidade delitiva em crimes patrimoniais. - O fato de o produto do furto ter sido devolvido à Vítima não afasta a tipicidade material da conduta delitiva, pela aplicação do princípio da bagatela. Precedentes. - Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 697.655/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, j. em 26.10.2021, *DJe* de 04.11.2021).

Portanto, sob qualquer aspecto, não há que se falar em aplicação do referido princípio no presente caso, sob pena de servir como incentivo ao agente na prática de crimes.

Pelo que, feita essa breve ressalva, acompanho o posicionamento externado pelo eminente Desembargador Relator.

É como voto.

DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Embargos infringentes - Furto qualificado - Penas pandemia da Covid-19 - Agravante da calamidade pública não evidenciada - Afastamento.

- A agravante da calamidade pública somente é aplicável quando existente, de forma clara, nexo entre o ato delituoso e a situação de fragilidade social, ou seja, quando comprovado que os acontecimentos tiveram por objeto tão somente a situação vivenciada pela pandemia, no sentido de, exclusivamente, orientar o agente na prática do delito. V.V.: - Sendo algo público e notório o estado de calamidade vivenciado por praticamente todas as cidades do País, vide Lei Federal nº 13.979/2020, Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, Decreto Estadual nº 47.891, de 20 de março de 2020, Portarias exaradas pelo Município e Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais, com uma crise causada pela pandemia se alastra em todos os setores, saúde, economia, educação e etc., que veio a gerar o fechamento de inúmeros estabelecimentos comerciais e a suspensão, paralização de vários serviços em todas as esferas de Poder, dito estado é de conhecimento de todos. Assim, não havendo dúvidas de que a prática delitiva foi facilitada pelas fragilidades decorrentes do estado de calamidade decretado em razão da pandemia causada pelo coronavirus, deve ser mantida a agravante prevista no art. 61, II, *j*, do Código Penal.

Emb Infring e de Nulidade nº 1.0153.20.001462-6/002 - Comarca de Cataguases - Embargantes: C.A.O., V.M.C. - Embargado: 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 acolher dos embargos infringentes e de nulidade, vencidos o 1º e o 2º Vogal.

Belo Horizonte, 27 de abril de 2022. - *Cássio Salomé*. – Relator.

Voto

DES. CÁSSIO SALOMÉ - Trata-se de embargos infringentes, opostos pela defesa de C.A.O. e de V.M.C., em razão da decisão não unânime proferida em sede de apelação criminal relatada pelo e. Juiz de Direito Convocado J.L.M.F., f. 311/319, que deu parcial provimento ao recurso defensivo, vencido em parte o Relator.

Busca-se fazer prevalecer o voto minoritário benéfico da lavra do e. Relator, Juiz de Direito Convocado J.L.M.F., que decotou da condenação a agravante do estado de calamidade pública, a defesa opõe os presentes embargos infringentes, f. 323/326.

Ouvida, a d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento dos embargos, f. 328/329.

Admitidos os presentes embargos pelo i. Relator da Apelação Criminal, f. 330, os autos foram a mim distribuídos para julgamento, nos termos do art. 503 do RITJMG, f. 331.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois próprio e tempestivo.

Ausentes questões preliminares arguidas ou apreciáveis de ofício.

Após análise da questão divergente, e reflexão sobre o tema ante a situação inusitada gerada pela pandemia da Covid-19, assim como entendido pelo d. Relator da Apelação Criminal, compreendo pela impossibilidade do agravamento das penas com fulcro na agravante prevista no art. 61, II, *j*, do Código Penal.

Os dados do processo não indicam ou revelam claramente que o crime foi cometido em decorrência da situação excepcional trazida pela pandemia. Tampouco foi demonstrado que os agentes valeram-se dessa conjetura para a prática do furto qualificado naquela ocasião.

Em nenhum momento a acusação ponderou sobre a reprovação da conduta do agente em ter praticado o crime no período declarado como de calamidade pública, e nem sequer conseguiu delimitar que os acontecimentos tiveram por objeto tão somente a situação vivenciada pela pandemia, no sentido de, exclusivamente, orientar a prática do delito.

Ao contrário, tudo indica que, com ou sem a situação de calamidade pública decorrente da prevenção da Covid-19, o crime se realizaria. Há dados nos autos, especialmente o testemunho dos policiais, confirmados judicialmente, (mídia audiovisual contida nas f. 175), indicando que os embargantes são conhecidos pelo envolvimento na prática de vários crimes de furto: "[...] ambos ex-presidiários e envolvidos com a prática de furtos diversos; [...] Os dois autores, residentes no mesmo bairro, são suspeitos de práticas de vários furtos" (f.02/03).

Data vênia, o simples fato de o delito ser cometido no estado de calamidade pública sem qualquer relação direta, concreta e claramente delineada nos autos com essa situação não enseja automaticamente as implicações da agravante do art. 61, II, *j*, do Código Penal. Sem elementos concretos e evidências claras, o reconhecimento da referida agravante não ajusta à hipótese.

Ante o exposto, acolho dos embargos infringentes e de nulidade para resgatar a parte vencida no julgamento da apelação e decotar os efeitos da agravante previstos no art. 61, II, *j*, do Código Penal das penas dos embargantes.

Custas conforme f. 317v.

JD. CONVOCADO JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS (REVISOR) – De acordo com o Relator.

DES. SÁLVIO CHAVES - Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, também conheço dos embargos.

Contudo, peço vênia ao eminente Desembargador Relator para dele divergir, a fim de rejeitar os presentes embargos infringentes, mantendo-me fiel ao voto que proferi na ocasião do julgamento do Recurso de Apelação Criminal, quando assim deliberei:

> [...] Contudo, peço vênia ao eminente Desembargador Relator para divergir em parte do seu judicioso voto, para manter o reconhecimento da agravante da calamidade pública em desfavor de C.A.O. e V.M.C., prevista no art. 61, II, *j*, do CP, pelos motivos que passo a expor.
>
> É que, no contexto dos autos, não diferente das razões assinaladas pelo ilustre Juiz Sentenciante, entendo que para o reconhecimento da referida circunstância, deve haver alguma relação entre a prática delitiva e os efeitos decorrentes da calamidade pública, o que, a meu ver, restou devidamente demonstrado no caso.
>
> Ora, trata-se de fato notório a decretação do estado de calamidade pública em março de 2020, por meio do Decreto Legislativo 06/2020, editado pelo Congresso Nacional, bem como pelo decreto 47.891/20 do Governo de Minas Gerais, o que gerou a adoção de diversas medidas para a contenção da moléstia, como, por exemplo, a suspensão do funcionamento de atividades consideradas não essenciais na comarca em que foi cometido o crime.
>
> E, diante desse cenário, não há dúvidas que os acusados se valeram das fragilidades decorrentes da pandemia, em especial a redução de movimentação nas ruas e nos estabelecimentos comerciais, o que, obviamente, constitui grande facilitador para a prática dos delitos patrimoniais.
>
> Ademais, não se pode olvidar que a subtração de bens alheios durante o estado de calamidade, em que a situação econômica de grande parte da sociedade foi agravada, evidencia a insensibilidade dos réus, o que reforça a necessidade do reconhecimento da agravante, não havendo como afastá-la.
>
> Com isto, em relação às reprimendas cominadas aos agentes, visto que mantido o reconhecimento da referida agravante de calamidade pública, vislumbro necessária a manutenção das penas nos exatos termos da sentença fustigada, ou seja, para V.M.C. a pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 05 (cinco) dias-multa, e para C.A.O. a pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, e 06 (seis) dias-multa.
>
> Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, bem como a *sursis*, pois não atendidos os requisitos autorizadores previstos nos arts. 44 e 77 do CP.
>
> Ante ao exposto, peço vênia ao eminente Relator para divergir parcialmente de seu judicioso voto, para manter o reconhecimento da agravante da calamidade pública em desfavor de C.A.O. e V.M.C. prevista no art. 61, II, *j*, do CP.
>
> No mais, de acordo com e. Des. Relator.
>
> É como voto.

Mediante tais considerações, com a devida vênia ao eminente Desembargador Relator, rejeito os embargos infringentes.

Custas pelo Estado.

É como voto.

DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA - Peço vênia, mas, mantendo o entendimento que trago sobre o tema, tal como esposado no recurso-base, estou por rejeitar os embargos infringentes.

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - De acordo com o Relator.

Súmula - ACOLHERAM DOS EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE, VENCIDOS O 1º E O 2º VOGAL.

Apelação criminal - Tráfico de drogas (20 papelotes de maconha - 17,20g) - Réus flagrados na "marcha da maconha", na posse de droga, destinada ao uso comum - Jovens sem passagem policial anterior - Exercício de atividade laboral lícita - Ausência de conduta ligada ao tráfico.

- Hipótese em que dois jovens, com vida pregressa dissociada do tráfico, foram presos em flagrante na rua, em evento intitulado "marcha da maconha", na posse comum de 20 papelotes de maconha, 1 deles já separado para uso.

- A diminuta quantidade de droga apreendida, sobretudo considerando serem dois os agentes e ambos possuírem trabalho lícito, e as circunstâncias em que desenvolvida a ação, possibilitam a desclassificação do tráfico para a conduta prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06.

- Deve ser declarada a prescrição em relação ao agente menor de 21 anos ao tempo dos fatos e remetidos os autos ao Ministério Público para oferecimento dos benefícios da Lei 9.099/1995 em relação ao corréu.

Apelação Criminal nº 1.0000.22.015560-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: J.G.S., V.S.A. - Apelado: Ministério Público – MPMG. – 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 provimento ao recurso; declarar, de ofício, a prescrição em relação a J. e remeter os autos ao Ministério Público em relação a V., para oferecimento dos benefícios da Lei nº 9.099/95.

Belo Horizonte, 22 de junho de 2022. - *Marcílio Eustáquio Santos*. – Relator.

Voto

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - Perante o Juízo da 1ª Vara de Tóxicos, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Comarca de Belo Horizonte, V.S.A. e J.G.S., devidamente qualificados, foram denunciados pela prática dos crimes previstos nos arts. 35 e 33, ambos c/c 40, III, da Lei nº 11.343/2006.

Quanto aos fatos, narra a denúncia ID 57455030524 - doc. de ordem Themis nº 02:

> Consta no Inquérito n° 8.368.573/2.019, proveniente da 1.8 Delegacia de Policia Civil (Centro), que, aos vinte e cinco (25) de maio de 2019, sábado, mais ou menos às 18h04min, na Avenida Assis Chateaubriand, esquina com a Rua da Bahia, zona urbana e central de Belo Horizonte, MG, os denunciados, J. e V., atuando em comunhão de vontades e propó-

sitos, mesmo porque se aliaram (i.e.: uniram-se, associaram-se etc.) para, reiteradamente ou não, explorar o narcotráfico , foram surpreendidos a possuir: vinte (20) -buchas-1 contendo "maconha"2; e quantia monetária de R$102,00 (cento e dois reais). Tudo se vê mais bem descrito e caracterizado no REDS de nº 2019-024504558-001 (f. 07-10) e no - Auto de Apreensão" de f. 13/IP.

02. Levada a exames, a matéria apreendida na posse dos denunciados comportou-se tal qual –"maconha", pesando 17,20 g (dezessete inteiros vinte centésimos do grama), segundo atestam os laudos juntados nas fls. 14 e 44/IP.

03. E dos autos que militares faziam patrulha no evento intitulado "marcha da maconha", que transcorria na área central desta urbe, e chegando ao encontro da Avenida Assis Chateaubriand com a Rua da Bahia lugar notabilizado como boca-de-fumo3, imediações de estabelecimentos (v.g., "Comércio & Indústria Aziz Abdo", "Banca Tallamar" etc.) nos quais se da trabalho coletivo e afluxo de muitas pessoas observaram os denunciados (J. e V.), juntos e integrados nas mesmas ações, a confeccionar "dolas" cheias de "maconha".

04. Sucedeu, porém, de o denunciado (J.) perceber a aproximação dos castrenses e, rapidamente, meter sacola na roupa que vestia.

05. Feita abordagem e revista pessoal, os milicianos detiveram os denunciados (J. e V.), também os submetendo a revistas pessoais e arrecadando na posse imediata (poder físico) de J., mais precisamente no interior da cueca que usava, a sacola plástica, dentro da qual havia dezenove (19) "dolas" cheias de "maconha".

06. J. ainda trazia consigo o numerário de R$102,00 (cento e dois reais), mas com V. nada mais de interesse criminalístico foi arrecadado.

07. Mediante buscas, os policiais encontraram outra "bucha" contendo "maconha" no banco em que os denunciados (J. e V.) estavam sentados.

08. Na ocasião, J. falou que: tinha necessidade de "levantar um dinheiro"; por isso, veio à "marcha da maconha", a fim de vender o estupefaciente. A seu turno, V. disse que: auxiliava J. na "dolagem" da "maconha", porque fora "marcha da maconha" para curtir, mas, "dentro da possibilidade", também queria "levantar um dinheiro".

09. Os denunciados não tinham licença de autoridade competente para adquirir, nem possuir, trazer consigo ou guardar o tóxico, como faziam.

Assim, os denunciados incorreram, por uma vez, nas sanções do art. 33, *caput*, e do art. 35, *caput*, em combinação com o art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/2.006, forma dos arts. 29 (concurso de pessoas) e 69 (concurso material) do CP, razão por que em desfavor deles se apresenta essa denúncia, que se requer seja admitida e cadastraria, ao fim de se verem citar, processar, julgar e condenar, na forma e penas da lei.

Seguem, anexos, os autos do inquérito suprarreferido e, abaixo, rol de testemunhas, que se pede sejam intimadas a comparecer em dia, hora e local previamente designados, sob as cominações de estilo.

Após instrução, sobreveio a r. sentença ID 65083330524 - doc. de ordem Themis nº 30, julgando parcialmente procedente a denúncia para, nos termos do art. 386, VII do CPP, absolver os agentes das iras do art. 35 c/c 40, III, da Lei nº 11.343/2006 e condená-los nos termos do art. 33, § 4º c/c 40, III, da Lei nº 11.343/2006 às idênticas penas de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto e a 193 (cento e noventa e três) dias-multa, fixado o valor unitário mínimo. As penas privativas de liberdade foram substituídas pelas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana. Os acusados foram mantidos em liberdade e condenados ao pagamento das custas processuais.

Inconformados com a r. sentença condenatória manifestaram os réus seu desejo de recorrer (ID 66968580654 - doc. de ordem nº 37), requerendo a desclassificação do crime de tráfico para o de porte da droga para uso próprio - art. 28 da Lei nº 11.343/2006, além da isenção das custas.

O Ministério Público, em suas contrarrazões de ID 75930080354 - doc. de ordem nº 51, manifesta-se pelo não provimento do apelo.

A denúncia foi recebida no dia 18 de novembro de 2019, f. 118/119 do ID 57455030634-8 - doc. de ordem Themis nº 09 e a sentença publicada em 22 de outubro de 2021, data da assinatura digital ID 65083330524 - doc. de ordem Themis nº 30.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou, doc. de ordem Themis nº 56, pelo parcial provimento ao recurso, decotando-se a causa de aumento do art. 40, III da Lei nº 11.343/2006.

É, no essencial, o relatório.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Não foram arguidas preliminares, assim como não encontrei vícios processuais a serem declarados de ofício.

Mérito.

Analisei atentamente as bem lançadas razões recursais defensivas, as contrarrazões do d. Promotor de Justiça, as provas dos autos e o indispensável parecer da ilustre Procuradoria-Geral de Justiça e tenho que o recurso deve ser provido pelos motivos que declino:

A existência do crime de drogas foi comprovada por meio do auto de apreensão, f. 13, laudo de constatação, f. 14, ambos do ID 57455030534-2 - doc. de ordem Themis nº 03 e laudo toxicológico definitivo, f. 44, ID 57455030544-3 - doc. de ordem Themis nº 04.

A autoria quanto à propriedade da droga apreendida foi confessada pelos acusados na fase inquisitória, os quais, em juízo, optaram pelo constitucional direito ao silêncio.

Na fase administrativa, o acusado J. afirmou que ele, sozinho, comprou as buchas de maconha para uso próprio e do amigo, corréu V., f. 50 do ID 57455030584-4 - doc. de ordem Themis nº 05.

V., por sua vez, disse que contribuiu financeiramente com o amigo J. na aquisição de 20 (vinte) papelotes de maconha para que ambos, na companhia de outros amigos, fizessem uso da droga, f. 44 do mesmo ID.

Em juízo, sob o crivo do contraditório, conforme demonstra a mídia disponibilizada no PJe mídias, o policial militar M.C. não se recordou dos fatos minimamente.

A referida testemunha, na fase inquisitória, afirmou que viram atividade suspeita da dupla e também presenciaram o momento em que J. colocou na cueca uma sacola com drogas, reservando do lado externo um cigarro de maconha para uso.

Consta das declarações do militar no inquérito que, em conversa com os agentes, eles teriam dito que precisavam "fazer um dinheiro" com a venda da droga.

Já o militar S., em juízo, afirmou que, de seu ponto de vista, pode visualizar os dois agentes sentados de cabeça baixa na rua, durante um evento chamado "marcha da maconha", dichavando uma porção de maconha. Afirmou que, embora houvesse outras pessoas por perto, claramente não estavam na companhia da dupla.

A comunicação de serviço de f. 46/57 ID 57455030584-4 - doc. de ordem Themis nº 05 evidencia um passado ilibado dos dois agentes.

Ambos exercem atividade remuneratória lícita habitualmente, não causam problemas para a família e são apontados por vizinhos e parentes como jovens educados, trabalhadores, amigos entre si há anos e que no máximo apresentam-se como aventureiros, mas não imiscuídos no mundo do crime. A família de J. sabia ele era usuário de drogas, mas a mãe de V. disse desconhecer essa condição em relação a seu filho.

Cediço que o crime do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 é classificado como de conteúdo múltiplo e alternativo, ou seja, qualquer verbo praticado pelo agente, dentre os dezoito incriminados no preceito primário da referida norma, ainda que de maneira gratuita, constitui o crime hediondo de tráfico de drogas.

Por vezes, não há dúvida, o operador do direito vê-se diante de fatos nebulosos que levaram o legislador, no parágrafo 2º do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, a disciplinar algumas circunstâncias ponderáveis na busca pela distinção da conduta do traficante, do mero usuário de drogas.

Assim, com o propósito de nortear o julgador na distinção dos fins almejados pelo sujeito ativo do crime, o art. 28, § 2º da Lei nº 11.343/2006, disciplina que

> para determinar se a droga destina-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Pois bem. Como visto, os dois jovens foram presos em flagrante por estarem na rua, em conhecido ponto de vendas e consumo de drogas, em evento intitulado "marcha da maconha", na posse de 20 (vinte) buchas de maconha, uma delas já separada para uso, e R$102,00 (cento e dois reais). Ambos não registram passagens policiais e não são conhecidos no meio policial. Os dois exercem atividade remuneratória lícita e a família e vizinhos os apontam como pessoas tranquilas, sem envolvimento com a criminalidade.

Do total de 20 (vinte) buchas de maconha, uma delas, à toda evidência, havia sido separada para uso na rua. Ninguém os viu comercializar qualquer porção da droga e embora um dos militares tenha dito que os jovens afirmaram que "precisavam fazer dinheiro com a droga", eles mesmos, ao serem interrogados no inquérito, apresentaram versão de uso exclusivo. Há também provas de que ambos realmente trabalhavam licitamente ao tempo do crime, justificando-se os R$102,00 (cento e dois reais) apreendidos.

Desde o nascedouro da ação, ambos disseram que possuíam a droga para consumo pessoal e, em juízo, nada foi esclarecido a ponto de afastar a versão defensiva, muito pelo contrário, as declarações policiais deram margem à possibilidade de toda a droga realmente destinar-se ao consumo de ambos os jovens.

A quantidade de droga, considerada a presença de dois réus, é compatível com o uso próprio, sobretudo considerando que foram presos durante evento intitulado "marcha da maconha".

Tem-se, pois, como impositiva a desclassificação do tráfico para o art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

Em relação a J., agente menor de 21 (vinte e um) anos ao tempo do crime, conforme prova documental de f. 23 do ID 57455030524-1, doc. de ordem Themis nº 02, o lapso prescricional de 2 (dois) anos, conforme art. 30 da Lei nº 11.343/2006, conta-se pela metade, tendo havido seu implemento, pois a denúncia foi recebida em 18 de novembro de 2019 e a sentença condenatória publicada em 22 de outubro de 2021.

No que tange a V., remeto os autos ao Ministério Público, para oferecimento ao acusado dos benefícios afeitos à Lei nº 9.099/1995.

Concedo, ainda, aos réus, os benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do art. 98, § 3º do CPC, pois ambos foram assistidos pela Defensoria Pública no curso de toda a ação.

Ante tais considerações, dou provimento ao recurso para, com fulcro no art. 383 do CPP, desclassificar a conduta dos apelantes para aquela prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Declaro, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva em relação a J.G.S., com fulcro no art. 30 da Lei nº 11.343/2006 e art. 107, IV, do CP e remeto os autos ao Ministério Público para oferecimento ao apelante V.S.A. dos benefícios afeitos à Lei nº 9.099/1995.

Não oferecidos, ou não aceitos os benefícios, volvam-me os autos para fixação de pena.

Concedo, ainda, aos réus, os benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do art. 98, § 3º do CPC.

Encontrando-se ambos em liberdade, deixo de expedir alvará de soltura.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator o Desembargador Cássio Salomé e o Juiz de Direito Convocado José Luiz de Moura Faleiros.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO; DECLARARAM, DE OFÍCIO, A PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO A J. E REMETERAM OS AUTOS AO MP PARA OFERECIMENTO DE BENEFÍCIOS EM RELAÇÃO A V.

Apelação criminal - Extorsão - Conduta desclassificada para exercício arbitrário das próprias razões - *Emendatio libelli* - Recurso ministerial - Pedido de condenação nos termos da denúncia - Impossibilidade - Dolo específico não delineado - Pretensão econômica que supunha ser legítima - Conduta que se amolda ao delito previso no art. 345 do Código Penal - Desclassificação mantida.

- Ausente comprovação quanto ao dolo de "obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica", mantém-se a desclassificação da imputação de extorsão para exercício arbitrário das próprias razões, haja vista que agiu o acusado supondo ser legítima a pretensão de receber o pagamento pelos serviços prestados como "flanelinha".

Apelação Criminal nº 1.0672.20.007331-6/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: F.W.F. – Relatora: Desª. Márcia Milanez.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 26 de maio de 2022. - *Márcia Milanez*. – Relatora.

Voto

DESª. MÁRCIA MILANEZ - F.W.F., qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 158 do Código Penal, porquanto, no dia 13 de novembro de 2020, por volta das 17h30min, na Rua Major Campos, nº 28, no Centro, em Sete Lagoas, constrangeu a vítima A.A.B., mediante violência e grave ameaça, e, com o intuito de obter para si vantagem econômica, a pagar quantia por serviços de "flanelinha" (f. 02D/02D-v).

Sobre os fatos, consta da denúncia que:

> [...] no dia dos fatos, o denunciado exigiu da vítima certa quantia, tendo esta se negado a repassar os valores a F.
>
> Diante da negativa, o denunciado exaltou-se e passou a agredi-la com pedradas pelo corpo, objetivando ter a vantagem econômica, tendo a vítima, que é deficiente físico, sofrido escoriações no braço esquerdo.

> Ato contínuo, não satisfeito, o denunciado ainda atingiu o veículo de A. com pedras, tendo o vidro dianteiro esquerdo, porta esquerda e retrovisor esquerdo sido danificados, conforme fotografias de f. 18/20 [...] (f. 02D/04D).

Concluída a instrução probatória, a ilustre Juíza Sentenciante julgou parcialmente improcedente a pretensão ministerial, para, procedendo com a *emendatio libelli*, desclassificar a conduta, condenando o acusado como incurso nas sanções do art. 345, *caput*, do Código Penal. Ao final, remeteu os autos ao Juizado Especial Criminal (f. 121/127).

Irresignado, apelou o representante do Ministério Público (f. 133), requerendo, em suas razões recursais, a reforma da sentença, com a consequente condenação do acusado como incurso nas sanções do art. 158. c/c art. 61, inciso II, alíneas *h* e *j*, ambos do Código Penal (f. 140/145v).

A defesa, em contrarrazões de f. 146/150, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso ministerial.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial (f. 157/158).

É o breve relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Inexistentes quaisquer preliminares suscitadas ou nulidades a serem declaradas de ofício, passo ao exame do mérito.

Segundo consta da denúncia, no dia 13 de novembro de 2020, por volta das 17h30min, na Rua Major Campos, nº 28, no Centro, em Sete Lagoas, o acusado constrangeu a vítima A.A.B., mediante violência e grave ameaça, e com o intuito de obter, para si, vantagem econômica, a pagar quantia por serviços de "flanelinha".

Sobre os fatos, consta da exordial que, no dia em questão, o denunciado exigiu da vítima certa quantia, tendo esta se negado a repassar os valores a F. Conforme narrou o *Parquet*, diante da negativa, o denunciado exaltou-se e passou a agredi-la com pedradas pelo corpo, objetivando a vantagem econômica, tendo a vítima, que é deficiente físico, sofrido escoriações no braço esquerdo.

Assevera o Ministério Público que o acusado, não satisfeito, ainda atingiu o veículo de A. com pedras, danificando o vidro dianteiro esquerdo, porta esquerda e retrovisor esquerdo.

Em razão desses fatos, foi o apelado denunciado pela prática da conduta delitiva prevista no art. 158 do Código Penal. Após regular instrução processual, a d. Juíza Sentenciante, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia, atribui-lhe definição jurídica diversa (*emendatio libelli*), para promover a desclassificação do delito em tela e condenar o acusado como incurso nas sanções do art. 345 do Código Penal, que prevê o crime de exercício arbitrário das próprias razões.

Contra a sentença desclassificatória ora se insurge o Ministério Público, requerendo a condenação do acusado nos termos da denúncia, pela prática do delito de extorsão.

Em síntese, alega que "embora o apelado argumente que se exaltou, após ter lavado o veículo da vítima e A. não ter lhe remunerado, em nenhum momento comprovou tais alegações" (f. 142). Aduziu que as provas indicam que o acusado praticou o delito de extorsão, ao tentar obrigar a vítima, por meio de violência, a lhe dar dinheiro. Sustenta que "não restou comprovado que o apelado estava desempenhando serviços de flanelinha" (f. 142). Afirma que a profissão de "flanelinha" não é regulada, não sendo qualquer cidadão obrigado a pagar quantia para pessoas não credenciadas pelo poder público para "vigiar" seus veículos. Sustenta que a pretensão do acusado não era legítima.

Analisando os autos, concebo que não merece qualquer reparo a sentença proferida.

Inicialmente, registro que a materialidade está devidamente comprovada nos autos, conforme auto de prisão em flagrante delito (f. 01/05), boletim de ocorrência (f. 12/20) e prova oral coligida.

A autoria também não consente dúvidas, considerando que o próprio acusado, em fase judicial, confessou parcialmente a conduta narrada na exordial.

Em síntese, o apelado F.W.F. alegou que a vítima lhe pediu para levar o carro, e que o depoente cobrou o pagamento depois; no dia em que a vítima lhe negou o pagamento, o depoente não a constrangeu; atirou duas pedras no carro da vítima pois ela não o pagou pelo serviço; estava sob efeito de drogas; a vítima não possui uma perna; não agrediu a vítima. Disse que ficou com raiva, pois lavou o carro da vítima, contudo, não recebeu o pagamento pelo serviço (f. 88).

Corroborando a parcial confissão do acusado, tem-se os relatos dos policiais militares que participaram da ocorrência, C.P.G. (cf. depoimentos às f. 02 e 86, prestados em fase investigativa e judicial, respectivamente) e E.J.C.A. (cf. testemunho de f. 03, colhido em fase investigativa). Vejamos:

> [...] que hoje à tarde foram acionados por populares para comparecer na Rua Major Campos, 28 - centro, onde estaria ocorrendo uma briga entre duas pessoas; que no local deparam uma pessoa com uma pedra na mão e bastante alterado; que, neste momento, efetuaram a abordagem ao elemento, que foi identificado como sendo F.W.F.; que em contato com o outro envolvido a vítima A.A.B., informou aos policiais que o autor teria exigido uma certa quantia em dinheiro; que, após a negativa da vítima em lhe dar dinheiro, o autor começou a agredi-lo com pedradas pelo corpo; que a vítima, por ser deficiente físico, não conseguiu defender, tendo conseguido entrar dentro de seu veículo; que a vítima teve lesões no braço esquerdo e recusou atendimento médico; que o seu veículo foi atingido por diversas pedradas pelo autor sofrendo danos no vidro dianteiro esquerdo do passageiro, porta do mesmo lado e retrovisor [...] (f. 03).

No mesmo sentido, caminha o depoimento prestado pela testemunha J.R.N.S.J., ouvida em juízo, oportunidade em que alegou ter presenciado o momento em que o acusado teve seu pedido negado e, em seguida, passou a atirar pedras contra a vítima e o carro dela. Afirmou que o acusado estava alterado e sempre ficava na rua olhado os carros, recebendo algum dinheiro em troca (f. 87).

Com efeito, o conjunto probatório reunido aos autos é farto e suficiente para atestar a autoria delitiva, que deve recair sobre o acusado. A própria defesa, neste apelo, não se insurge contra a autoria e materialidade delitivas, sendo elas, portanto, incontestes.

A discussão trazida ao exame recursal cinge-se exclusivamente à adequação típica do fato, haja vista que o juízo *a quo*, ao proferir sentença, operou a *emendatio libelli* e desclassificou a imputação da prática do crime de extorsão para o de exercício arbitrário das próprias razões.

Compulsando os autos, verifico que não merece prosperar a pretensão ministerial, devendo ser mantida integralmente a escorreita decisão primeva que operou a desclassificação delitiva.

No caso *sub judice*, o réu foi acusado de ter praticado o delito de extorsão, previsto no art. 158 do Código Penal, *in verbis*:

> Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:
>
> Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.
>
> § 1º - Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.
>
> § 2º - Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior.
>
> § 3º - Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente.

Por oportuno, sobre o delito em debate, trago a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> [...] Elementos objetivos do tipo
>
> Constranger (tolher a liberdade) alguém, mediante grave ameaça (violência moral, consistente no prenúncio de um acontecimento desagradável, com força intimidativa, desde que importante e sério) ou violência (violência física, isto é, o constrangimento físico voltado à pessoa humana) a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, com o fim de obter indevida vantagem econômica. Embora não mencionado expressamente no tipo, acrescentamos a possibilidade de se dar extorsão pela redução da possibilidade de resistência (violência imprópria). "Cria-se uma espécie de estado de necessidade, em razão de que, quando a ordem se cumpre, querse evitar um mal maior" (La interpretación penal en el hurto, el robo y la extorsión, p. 348).
>
> A extorsão é uma variante de crime patrimonial muito semelhante ao roubo, pois também implica uma subtração violenta ou com grave ameaça a bens alheios. A diferença concentra-se no fato de a extorsão exigir a participação ativa da vítima, fazendo alguma coisa, tolerando que se faça ou deixando de fazer algo em virtude da ameaça ou da violência sofrida. No roubo, por outro lado, o agente atua sem a participação da vítima
>
> [...]
>
> Elemento subjetivo do tipo específico

> É o ânimo de apossamento definitivo de patrimônio alheio, espelhado pelos termos com o fim de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica [...]" (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 1.031. Formato digital).

Destarte, para a configuração do delito de extorsão, exige-se que o agente empregue violência ou grave ameaça para constranger alguém, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, visando à obtenção, para si ou para outrem, de vantagem econômica reputada indevida, portanto, ilegítima.

Todavia, no presente caso, assim como a douta Sentenciante, concebo que a conduta perpetrada pelo acusado melhor se amolda ao tipo penal do delito de exercício arbitrário das próprias razões, haja vista que, pelo que se apurou nos autos, supunha-se devida a pretensão econômica do réu, em razão da prestação de seus serviços como "flanelinha".

Nesse ponto, algumas considerações devem ser feitas. O Ministério Público entende como ilegítima a pretensão do acusado ao cobrar a vítima, alegando, em síntese, que "não restou comprovado que o apelado estava desempenhando serviços de flanelinha" (f. 142). Argumenta ainda que a profissão de "flanelinha" não é regulada, não sendo qualquer cidadão obrigado a pagar qualquer quantia para pessoas não credenciadas pelo poder público para "vigiar" seus veículos.

No entanto, nenhuma consideração a respeito da vantagem econômica pretendida pelo acusado, ora tida como indevida pelo *Parquet*, foi feita na denúncia. Ao contrário, consta expressamente da peça exordial que a vantagem econômica pretendida pelo apelado decorria da prestação dos seus serviços de "flanelinha", o que, a princípio, não evidencia ilegitimidade alguma. Vejamos:

> No dia 13 de novembro de 2020, por volta das 17:30, na Rua Major Campos, 28, Centro, Sete Lagoas/MG, o denunciado constrangeu a vítima A.A.B., mediante violência e grave ameaça, e com o intuito de obter, para si, vantagem econômica, a pagar quantia por serviços de "flanelinha [...] (f. 02D/02D-v).

Como é cediço, a denúncia traça os limites da sentença, que deve com ela guardar direta relação, sob pena de, excedendo os limites ali traçados, tornar-se *extra petita*, por condenar o agente por uma conduta que não lhe foi atribuída pelo *Parquet*. Lado outro, é cediço que a Magistrada não está adstrita à capitulação legal contida na inicial e sim à narrativa dos fatos.

No caso, a d. Magistrada observou estritamente os fatos narrados na denúncia, que descreve a prática do crime de exercício arbitrário das próprias razões. Noutros termos, a il. Sentenciante apenas deu aos fatos narrados definição jurídica diversa, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, não acrescentando, por meio das provas colhidas, novo tipo penal em face de aclaramento de elementar (*emendatio libelli*). Correta, pois, a sua decisão.

Ademais, sustenta o Ministério Público que "embora o apelado argumente que se exaltou, após ter lavado o veículo da vítima e A. não ter lhe remunerado, em nenhum momento comprovou tais alegações" (f. 142).

Com a devida vênia, afigura-se descabido o inconformismo ministerial.

É cediço que vige no processo penal a regra de que a comprovação da alegação cabe a quem a fizer, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

No caso, o Órgão Ministerial não se desincumbiu do ônus de provar, de forma estreme de dúvidas, a imputação contida na denúncia, sobretudo no que tange ao caráter indevido da vantagem econômica pretendida pelo réu. Dos autos não se extrai certeza de que a pretensão do acusado era de todo ilegítima, haja vista que depoimentos colhidos apontam que ele, de fato, permanecia no local "olhando" os carros, isto é, atuando como "flanelinha". A informalidade da atividade não justifica o não pagamento pelo serviço prestado.

Certo é que, *in casu*, não se demonstrou a contento nos autos que o dolo do réu era de obter para si indevida vantagem econômica, mas sim de garantir o pagamento pelos serviços prestados como "flanelinha", o qual julgava legítimo.

Para a configuração do delito do exercício arbitrário das próprias razões, é necessário estar o agente inteiramente convencido de que sua pretensão é legítima, bem como direcionada contra aquele que seria responsável pela sua satisfação.

Neste sentido:

> O delito do art. 345 do CP compõe-se de uma pretensão legítima (ou supostamente tal) e de uma ação (ou omissão) que, em outras circunstâncias, constituiria fato delituoso autônomo (furto, dano, apropriação indébita etc.), mas que é parte justificada pelo propósito específico do agente. Assim, se a conduta do réu não pode ser subsumida em qualquer outro tipo penal e, ainda, está legitimada pelo juízo cível, impõe-se a absolvição, por se tratar de fato atípico (TACRIM-SP - AC - Relator Walter Swensson - RT nº 639/324).

Verifica-se, portanto, pelas provas reunidas nos autos, que o acusado praticou o crime de exercício arbitrário das próprias razões, pois sendo legítima (ou, ao menos, supostamente legítima), a meu ver, a sua pretensão de receber o pagamento pelo serviço prestado.

E se o *Parquet* entende como indevida a cobrança realizada pelo acusado, cumpria-lhe comprovar tal alegação, o que não ocorreu. O que se extrai dos autos, com certeza, é que o réu, com o intuito de satisfazer pretensão que supunha legítima, empregou violência, conduta esta que se enquadra no art. 345 do Código Penal.

Ademais, considerando que a vítima nem sequer fora ouvida nos autos (seja em fase investigativa ou em juízo), na dúvida, não há como prosperar a procedência integral da denúncia, sendo de melhor alvitre desclassificar a conduta do que incorrer em risco de chancelar possível erro judiciário.

Por todo o exposto, neste caso, entendo que se operou perfeitamente a subsunção da conduta praticada pelo acusado, no mundo dos fatos, ao tipo penal referente ao delito de exercício arbitrário das próprias razões, pelo que rejeito o pleito condenatório e mantenho a desclassificação da imputação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ministerial, nos termos supradelineados.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores Dirceu Walace Baroni e Anacleto Rodrigues.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Crime contra a ordem tributária - Artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 - Materialidade e autoria devidamente comprovadas - Absolvição - Necessidade - Insuficiência de provas sobre as elementares do tipo penal - *In dubio pro reo*.

- Para a configuração do crime tipificado pelo art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990, é necessária a comprovação do dolo, elemento subjetivo consistente na efetiva vontade de fraudar o fisco, mediante omissão ou declaração falsa às autoridades fazendárias, com o fim de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social. A existência de meros indícios da conduta praticada nos limites do risco permitido pelo ordenamento jurídico não é suficiente para sustentar a condenação criminal, devendo se invocar a prevalência da dúvida, se as provas são frágeis e indiretas.

Apelação Criminal nº 1.0701.17.014584-4/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: M.M. F.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Relator: Des. Henrique Abi-Ackel Torres.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 26 de maio de 2022. - *Henrique Abi-Ackel Torres*. – Relator.

Voto

DES. HENRIQUE ABI-ACKEL TORRES - Trata-se de apelação criminal, interposta por M.M.F.M., contra a respeitável sentença de f. 248/251, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Uberaba/MG que, julgando procedente a pretensão acusatória, condenou-a pela prática do crime tipificado pelo art. 1º, II, da Lei nº 8.137/90, por quatro vezes, à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além de 11 (onze) dias-multa, no mínimo valor unitário.

A pena corporal foi substituída por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do CP, sendo concedido à sentenciada o direito de recorrer em liberdade.

Narra a exordial acusatória que, no período de maio a agosto de 2013, na Fazenda Sol Nascente, zona rural de Uberaba/MG, a denunciada suprimiu o pagamento de tributo (ICMS), no valor de R$195.710,55 (cento e noventa e cinco mil setecentos e dez reais e cinquenta e cinco centavos), devido à Fazenda Pública Estadual.

A denúncia foi recebida em 05.10.2017 (f. 140).

Concluída a instrução criminal, foi proferida a respeitável sentença de f. 248/251, publicada em 26.08.2021.

Inconformada, M. manifestou o desejo de recorrer à f. 256 e, em posteriores razões de f. 262/270, a defesa requer sua absolvição por ausência de dolo.

Contrarrazões ministeriais às f. 272/273.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso (f. 281/284).

É o breve relatório.

Admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Mérito.

Do pedido de absolvição.

A defesa requer a absolvição da apelante, sustentando, em síntese, que ela agiu sem o dolo genérico ou específico de fraudar o fisco.

Afirma que a apelante encaminhava o gado ao "Frigorífico Boi Bravo Ltda. - ME" e era orientada, pelos intermediadores na compra de bovinos (marchantes), a emitir a nota fiscal no CNPJ da empresa "Minas Comércio Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda. - ME", mas não sabia que o referido empreendimento havia sido criado com a intenção de fraudar o fisco.

Pois bem.

Narra a denúncia que:

> [...] Consta do incluso Procedimento Investigatório Criminal consistente nos autos do PTA nº 01.000517444-50, oriundos do Núcleo de Acompanhamento Criminal da Receita Estadual local, que na sede da Fazenda Sol Nascente, s/n, zona rural, neste município, Inscrição Estadual nº 001.199118.00-04, a denunciada, por si ou prepostos, nas condições abaixo delineadas, dolosamente suprimiu o pagamento de tributo (ICMS) devido à Fazenda Pública Estadual (f. 02/15, 19/21, 43/44, 45/47, 48/49 e 91/92).
>
> Segundo o apurado, no período de maio a agosto de 2013, a denunciada M., por si ou prepostos, representando o resultado lesivo como possível e perfeitamente evitável (sonegação fiscal), em condições objetivas de execução semelhantes, dolosamente inseriu nas notas fiscais avulsas de produtor de f. 26/41 (descritas na planilha de f. 25), elementos inexatos, consistente em destinatários diversos das reais operações (ideologicamente falsos). Operações estas que se encontravam ao abrigo indevido da isenção do ICMS prevista no art. 459, do Anexo IX do RICMS/02 (f. 02/12, 13/15, 19/21 e 22/24).
>
> Extrai-se do auto de infração e do relatório fiscal de f. 19/21 e 22/24 que a denunciada M. realizou a venda de mercadorias (gado bovino), segundo os documentos emitidos (f. 26/41) à empresa Minas Comércio Distribuidor de Produtos Alimentícios Ltda.-MA, de Passos/MG. Outrossim, o suposto abate dos animais, de acordo com as observações con-

> tidas nas notas fiscais, seriam realizados pelo frigorífico Boi Bravo Indústria e Comércio Ltda., de Uberaba/MG.
>
> Por suspeitar que as operações de circulação de mercadorias não ocorreram entre o emitente e o destinatário constantes das notas fiscais acima mencionadas, a fiscalização fazendária intimou a fazenda autuada, de propriedade da denunciada, conforme documentos de f. 16/18 e 42, a comprovar a efetiva realização de tais operações.
>
> No entanto, a denunciada M. não comprovou a efetiva entrega dos animais ao destinatário indicado nas notas fiscais, não tendo, também apresentado qualquer comprovante financeiro referente aos valores supostamente recebidos nas operações (f. 19/21 e 22/24).
>
> Ademais, ficou comprovado também, por meio de diligência fiscal realizada na sede da suposta empresa destinatária das mercadorias, Minas Comércio Distribuidor de Produtos Alimentícios Ltda.-ME, os seguintes fatos: 1) a inexistência da empresa no local informado ao fisco; 2) a utilização de documentos falsos pelos sócios formais A.L.B. (na verdade, L.R.P.) e L.J.O. (na verdade, W.S.B.); e 3) a inexistência de registros eletrônicos referente ao transporte de carnes entre o frigorífico e o suposto destinatário das notas fiscais, o que resultou no cancelamento da inscrição estadual da referida empresa, bem como a declaração de falsidade ideológica dos seus documentos fiscais emitidos a partir 21.01.13, conforme ato declaratório de f. 50/53 e 56/57 [...] (f.01D/04D).

A materialidade delitiva restou comprovada pelo procedimento investigatório criminal MPMG nº 0702.17.001004-6; notas fiscais de f. 26/41; ato declaratório de falsidade ideológica de f. 50/77 e 83/90; certidão de dívida ativa de f. 93/95; e boletim de ocorrência de f. 111/119.

Consta dos autos que M. emitiu notas fiscais relativas à venda de 202 (duzentas e duas) cabeças de gado bovino destinadas ao abate para a empresa "Minas Comércio Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda. - ME", com sede na cidade de Passos/MG.

Segundo "auto de notícia crime" de f. 02/12, a venda de bovinos para abate entre contribuintes do estado de Minas Gerais é isenta do pagamento de ICMS, conforme previsto no art. 459, do Anexo IX, do RICMS/02, todavia, a venda ou a remessa de gado para fora do estado é tributada pelo referido imposto.

O aludido documento detalhou que:

> [...] Como normalmente o gado destinado a abate costuma ser comercializado para os frigoríficos da própria região, o fisco achou estranha essa venda realizada para tão longe e resolveu pedir à Administração Fazendária do contribuinte de destino que verificasse se o destinatário realmente existia e se a operação de vendas foi regular, mesmo porque, no corpo da nota fiscal, havia a informação de que o gado seria abatido no frigorífico Boi Bravo, com sede na cidade de Uberaba.
>
> A Delegacia fiscal de Trânsito de Poços de Caldas fez as diligências necessárias e constatou uma série de irregularidades, todas narradas no Parecer de Diligência Fiscal (doc. f. nº 54 e 55), enumeradas a seguir:

> No suposto endereço da empresa Minas Comércio Distribuidor de Produtos Alimentícios Ltda. – ME, o fisco encontrou uma outra empresa em funcionamento, denominada Supermercado Fenix;
>
> No local, o fisco encontrou um dos supostos sócios da empresa, L.J.O. (na verdade, W.S.B.), que informou que nada sabia sobre a atividade de comércio atacadista da empresa Minas Comércio, sendo que tal atividade era de controle exclusivo do outro suposto sócio, A.L.B. (na verdade, L.R.P.);
>
> Em contato telefônico, o suposto A.L. informou ao Agente do Fisco que a empresa Minas Comércio teria um contrato comercial com o Frigorífico Boi Bravo, com sede na cidade de Uberaba, frigorífico este citado nas notas fiscais como local de abate dos bovinos;
>
> O Agente do Fisco foi até o escritório do contabilista e obteve cópia do contrato social e também dos documentos pessoais dos sócios (doc. f. n.º 83 a 90 e 58 a 73, respectivamente);
>
> A análise dos documentos dos sócios mostrou haver fortes indícios de fraude, que mais tarde foram confirmados pela Polícia Civil de Minas Gerais;
>
> Diante de todas as irregularidades e indícios outros coletados, o próprio Agente do Fisco propôs o cancelamento de ofício da Inscrição Estadual da Minas Comércio.
>
> Em 23.09.2013, a Polícia Civil de Minas Gerais, na sede da Superintendência Regional da Fazenda em Varginha - MG, efetuou a prisão em flagrante dos sócios A.L.B. e L.J.O. por uso de documento de identidade falso, ficando comprovado que L.J.O. na verdade era W.S.B., que é funcionário braçal, e que A.L.B. se chama, na verdade, L.R.P. e tem como profissão, cobrador. [...] (f. 02/12).

A autoria também se mostra incontroversa pelas provas colacionadas aos autos, notadamente pelas palavras da própria apelante.

Em interrogatório judicial, M. disse que, juntamente com o seu marido, arrendava uma propriedade rural e comercializava gado. Afirmou que vendia "vaca gorda" para marchantes, termo utilizado para designar pessoas que intermediam a venda de gado entre o criador e comerciantes. Alegou que ela e seu marido eram responsáveis pela fazenda. Disse que, após acertar a venda com os marchantes, o intermediador indicava em qual frigorífico os animais seriam abatidos. Contou que, em seguida, ia até o Sindicato de Produtores Rurais de Uberaba/MG ou ao Instituto Mineiro de Agropecuária (IMA), onde informava em qual frigorífico o abate ocorreria. O frigorífico dava orientação ao sindicato para qual empresa a nota fiscal deveria ser expedida. Ressaltou que era seu esposo quem efetivamente realizava a comercialização dos gados para abate. Salientou que não conhece a empresa "Minas Comércio Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda. - ME", e que foi o frigorífico que orientou o Sindicato de Produtores Rurais de Uberaba/MG a emitir a nota fiscal tendo essa empresa como compradora (mídia juntada à f. 185).

Segundo o Ministério Público, M. suprimiu o pagamento de tributo (ICMS) devido à Fazenda Pública Estadual, fazendo inserir, dolosamente, elementos inexatos nas notas fiscais avulsas de produtor de f. 26/41.

A conduta imputada à apelante enquadrar-se-ia, portanto, na primeira parte do tipo penal previsto pelo art. 1º, II, da Lei nº 8.137/90, segundo o qual:

> [...] Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:
>
> [...]
>
> II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos [...].

No caso, conforme o art. 459, do Anexo IX, do RICMS/02, a venda de bovinos para abate entre contribuintes do estado de Minas Gerais é isenta do pagamento de ICMS, todavia, a venda ou a remessa de gado para fora do estado é tributada pelo referido imposto.

A acusação pressupõe, portanto, que, ao inserir empresa inexistente nos documentos fiscais, a apelante deixou de recolher tributo que seria devido em outro estado da federação.

Não obstante, data vênia, não há prova suficiente nos autos a respeito da destinação do gado e nem sobre o elemento subjetivo do tipo penal.

Segundo leciona Renato Brasileiro, para a configuração do crime previsto no art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990, é necessária a comprovação do elemento subjetivo doloso, consistente na efetiva vontade de fraudar o fisco, mediante omissão ou declaração falsa às autoridades fazendárias, com o fim de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social.

> [...] O crime previsto no art. 1º, inciso II, da Lei 8.137/1990 exige o elemento subjetivo doloso para a sua configuração, consistente na efetiva vontade de fraudar o fisco, mediante omissão ou declaração falsa às autoridades fazendárias, com o fim de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social. Ausente essa vontade, o crime não restará caracterizado. Por isso, no contexto da chamada guerra fiscal entre os estados federados, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não se pode imputar a prática de crime contra a ordem tributária ao contribuinte que não se vale de artifícios fraudulentos com o fim de reduzir ou suprimir o pagamento dos tributos e que recolhe o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços segundo o princípio da não-cumulatividade (LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: vol. único. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 241).

Nesse sentido:

> "Penal e processo penal. Recurso em habeas corpus. 1. Crime tributário. Art. 1º, II, da Lei 8.137/1990. Creditamento de ICMS. Pedido de trancamento. Ausência de justa causa. Atipicidade. Guerra fiscal. 2. Recurso em *habeas corpus* provido, para trancar a ação penal. - O trancamento da ação penal na via estreita do *habeas corpus* somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou prova da materialidade do delito. O crime previsto no art. 1º, inciso II, da Lei 8.137/1990 exige o elemento subjetivo doloso para a sua configuração, consistente na efetiva vontade de fraudar o fisco, mediante omissão ou declaração falsa às autoridades fa-

> zendárias, com o fim de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social. E, na espécie, ressai dos autos que o paciente efetuou lançamentos exatos de crédito de ICMS, amparado Termo de Acordo de Regime Especial - TARE nº 001/2002 - SUREC/SEPF - Processo nº 00040.004880/2001 e 029/2004 - Processo 040.002.293.2004, do Distrito Federal, vigente ao tempo dos fatos, no contexto da chamada "guerra fiscal" entre o distrito federal e os estados federados, razão pela qual não há falar em dolo de fraudar o fisco. Precedentes. - Recurso em *habeas corpus* provido, para reconhecer a atipicidade da conduta imputada à recorrente na ação penal nº 0003167-95.2010.8.23.0318 e determinar o seu trancamento, com extensão da ordem aos corréus, em observância ao art. 580 do Código de Processo Penal (RHC 65.851/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 27.06.2017, *DJe* de 01.08.2017).

No caso, causa estranheza o fato de o Ministério Público não ter arrolado os responsáveis pela emissão das notas fiscais de f. 26/41, B.E.M. e E.A.S., prepostos do Sindicato dos Produtores Rurais de Uberaba/MG, como testemunhas.

Também é de difícil compreensão o motivo pelo qual o responsável pelo frigorífico "Boi Bravo Indústria e Comércio Ltda.", citado na denúncia, também não foi arrolado como testemunha, sendo certo que, segundo o auto de notícia crime de f. 02/11:

> "[...] Em contato telefônico, o suposto A.L. informou ao agente do fisco que a empresa Minas Comércio teria um contrato comercial com o Frigorífico Boi Bravo, com sede na cidade de Uberaba, frigorífico esse citado nas notas fiscais como local de abate dos bovinos [...]."

O *parquet* arrolou apenas o auditor fiscal da Receita Estadual que subscreveu o "auto de início de ação fiscal" de f. 16/17, Sr. V.R.B.

O aludido auditor fiscal esclareceu, em juízo, que a saída de gado para contribuinte inscrito no estado de Minas Gerais é isento de ICMS, mas M. emitiu notas à contribuinte cuja inscrição foi obtida com documentos falsos. Asseverou que a empresa já não existia quando a apelante emitiu as notas. Ressaltou que, mesmo com a inscrição cancelada, era possível emitir notas (mídia juntada à f. 225).

Por outro lado, a defesa se esforçou em comprovar que M. foi orientada pelos funcionários do Sindicato de Produtores Rurais de Uberaba/MG, unidade administrativa emitente da nota fiscal, no preenchimento do documento.

A testemunha J.J.S.N. disse que também trabalha com a criação e venda de bovinos para intermediários. Afirmou que, normalmente, o criador de gado vende para algum marchante (atravessador), e tira nota para o frigorífico. Ressaltou que o frigorífico não é o freguês, e sim o marchante. Detalhou que, na hora de tirar nota fiscal, o intermediário informa onde o animal será abatido - Frigorífico Boi Bravo ou Frigorífico Delta -, salientando que órgão emissor da nota fiscal já possui os dados do comprador. Afirmou que a receita emite as notas fiscais dele, mas o sindicato também presta esse serviço. Alegou que todos os dados para o preenchimento da nota não são fornecidos pelo vendedor, salientando, mais uma vez, que "já estão lá no órgão que emitirá o documento". Disse que "já tirou nota" tendo como destinatária a empresa "Minas Comércio Distribuidora de Produ-

tos Alimentícios Ltda. - ME". Explicou que a venda é feita a um atravessador, e não sabe detalhar o que acontece depois que o gado é enviado ao frigorífico. Contou que o marchante vai até a fazenda, negocia o preço do gado, realiza a compra e escolhe em qual frigorífico o animal será abatido. Disse que "o produtor rural não tem direito nem de escolher onde seu gado será abatido". Detalhou que, após o marchante definir o local do abate - Frigorífico Boi Bravo ou Frigorífico Delta -, o vendedor vai até a receita e pede a emissão da nota, especificando o frigorífico. Afirmou que o órgão emissor da nota é quem sabe a inscrição da empresa (mídia juntada à f. 185).

Portanto, no caso, é possível que a apelante tenha agido de boa-fé, sem a intenção de fraudar o fisco.

De mais a mais, é sabido que o art. 13 do nosso Código Penal, ao tratar da relação de causalidade, faz clara opção pelo finalismo de Welzel, que não apenas acrescentou o componente subjetivo ao tipo penal, como também nos deu uma perspectiva *ex ante*, traduzindo um desvalor da ação, ao lado da perspectiva do resultado, já consolidada pelo causalismo (ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal. Tradução e introdução de Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 37-42).

Ainda que tenhamos grande apego à concepção de "causa e efeito", a atual complexidade das relações humanas demanda um acréscimo interpretativo ao art. 13 do CP, que nos é fornecida pela chamada "imputação objetiva". Essa teoria passa a exigir, para além do mero nexo de causalidade, a criação de um risco penalmente relevante (não permitido), bem como a defraudação do dever inerente ao papel social, caso este se aplique.

Günther Jakobs esclarece ser impossível que o Direito Penal exija que o agente elimine, por completo, todo o risco de lesão à expectativa social de outrem, sob pena de inviabilizar a própria convivência em sociedade, havendo, por conseguinte, a tolerância ao risco permitido (JAKOBS, Günther. La Imputación objetiva en el Derecho Penal. Primera edición: mayo 1996, Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., p. 28).

No caso, é possível que, ao confiar a inserção dos dados do destinatário ao Sindicato de Produtores Rurais de Uberaba/MG, órgão emissor da nota fiscal, M. tenha agido nos limites do risco permitido pelo ordenamento jurídico.

De outro norte, como visto, inexiste prova suficiente sobre o elemento subjetivo do tipo penal previsto no art. 1º, II, da Lei nº 8.137/90, sendo certo que, na seara criminal, cabe ao Ministério Público o ônus de demonstrar, de forma clara e induvidosa, a prática do ilícito.

Assim leciona Renato Brasileiro:

> [...] uma segunda corrente - minoritária, porém, a nosso ver, mais acertada - sustenta que, diante do princípio do *in dubio pro reo*, que é a regra de julgamento que vigora no campo penal, o acusado jamais poderá ser prejudicado pela dúvida sobre um fato relevante para a decisão do processo, pelo menos nos casos de ação penal condenatória. Em um processo penal em que vigora a presunção de inocência, o ônus probatório é atribuído, com exclusividade, ao acusador. [...] A inversão do ônus da prova significaria, portanto, adotar a

> regra contrária: *in dubio pro societate* ou *in dubio contra reum*. Diante da hierarquia constitucional do princípio da presunção de inocência, forçoso é concluir que nenhuma lei poderá, então, inverter o ônus da prova com relação à condenação penal, sob pena de ser considerada inconstitucional [...] (LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal comentado. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 528-259).

Destarte, entendo que a acusação não se desincumbiu de comprovar, suficientemente, o elemento subjetivo do tipo penal previsto no art. 1º, II, da Lei nº 8.137/90, de modo a sustentar um édito condenatório, o que não pode se dar com base em indícios ou suspeitas, ainda que veementes.

Por tais fundamentos, à míngua de provas quanto às elementares do tipo, absolvo M.M.F.M., mas o faço com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Dispositivo.

Por essas razões, dou provimento ao recurso, para absolver M.M.F.M., nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Não há necessidade de expedição de alvará de soltura em favor da apelante, uma vez que foi reconhecido na respeitável sentença o direito de apelar em liberdade, encontrando-se, portanto, solta nestes autos.

Sem custas, diante do resultado do julgamento.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Márcia Milanez e Dirceu Walace Baroni.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Furto qualificado - Decote da qualificadora do abuso de confiança – Possibilidade – Dosimetria - Pena-base acima do mínimo – Cabimento - Presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis - Confissão espontânea - Reconhecimento.

- Ausente vínculo subjetivo caracterizador da confiança, impõe-se a desclassificação para furto simples.

- A existência de circunstâncias judiciais concretamente desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

- A confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que parcial, quando a manifestação do acusado for utilizada como fundamento para sua condenação. V.V.P. A confissão espontânea no furto não pode ser reconhecida quando o acusado não admite a subtração de bem alheio.

Apelação Criminal nº 1.0000.22.077322-0/001 - Comarca de Pirapora - Apelante: J.C.D. - Apelado: Ministério Público – MPMG. – Relator: Des. Dirceu Walace Baroni.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar parcial provimento ao recurso, vencido em parte o relator.

Belo Horizonte, 26 de maio de 2022. - *Dirceu Walace Baroni*. – Relator.

Voto

DES. DIRCEU WALACE BARONI - Trata-se de recurso de apelação criminal, interposto por J. C.D., em face da r. sentença de f. 178/183, que julgou procedente a denúncia para condená-lo nas sanções do art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal, aplicando-lhe as penas de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, além de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, negada a substituição por restritivas de direitos, o *sursis* e o direito de recorrer em liberdade.

A denúncia foi recebida em 20.08.2021 (f. 102/103), ao passo que a sentença condenatória foi publicada em 11.11.2021 (f. 188), da qual o apelante foi pessoalmente intimado à f. 196.

Nas razões de f. 238/242, a defesa pede que seja desclassificado o furto qualificado para o crime de furto simples, por não ficar caracterizado o abuso de confiança. Pleiteia, ainda, a fixação da pena-base no mínimo legal, questionando, nesse ponto, o exame da culpabilidade. Por fim, busca o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Contrarrazões deduzidas às f. 245/253, postulando a confirmação da sentença, sem destaques de questões preliminares.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e parcial provimento do apelo (doc. de ordem nº 94).

É o relato do essencial.

Próprio e tempestivo, motivo pelo qual conheço do recurso.

A denúncia narra que, no dia 05.08.2021, por volta das 17h30min, na Rua Argemiro Peixoto, nº 239, Centro, em Pirapora/MG, prédio da Defensoria Pública, J.C.D., mediante abuso de confiança, subtraiu, para si, coisa alheia móvel consistente em um aparelho celular, marca Apple, modelo iPhone XR, pertencente à F.B.S.

J. compareceu à sede da Defensoria Pública da referida comarca, tendo sido atendido por F.

Ele, abusando da confiança entre assistido e a instituição da Defensoria Pública, aproveitou-se para subtrair o aparelho celular da ofendida F., que se encontrava em cima de sua mesa.

Logo após a saída do acusado, a vítima constatou que o seu aparelho celular havia sido furtado, acionando a Polícia Militar, que localizou o acusado em sua residência.

Na oportunidade, ele admitiu a subtração e indicou onde havia escondido o aparelho, que foi devidamente apreendido e restituído à vítima.

Apesar de não terem sido impugnadas, materialidade e autoria estão devidamente comprovadas pelo auto de prisão em flagrante delito (f. 08/14), pelo boletim de ocorrência (f. 21/24), em consonância com os depoimentos dos policiais militares e da vítima (PJE Mídias), tendo sido o acusado flagrado na posse da res.

No mais, no que se refere ao alegado erro de tipo, a questão foi muito enfrentada pelo Magistrado, cujas palavras peço vênia para subscrever:

> a prova oral produzida neste ato bem revelou que o próprio denunciado tinha ciência de que o celular dele se encontrava na casa dele carregando, não havendo qualquer verossimilhança na versão autodefensiva no sentido de que ele tivesse se enganado ao pegar o telefone da ofendida, notadamente porque esta esclareceu de forma sobremaneira coerente que deixou seu aparelho em sua mesa debaixo de uma blusa de frio e ainda pedindo ao réu para aguardar em outra sala. Ademais, ainda menos verossimilhança há nas palavras do denunciado quando afirmou ter escondido o celular em uma árvore ao perceber que não seria o seu com a intenção de devolvê-lo no dia seguinte, se tratando de versão, *data maxima venia*, completamente desarrazoada, pois desprovida de qualquer coerência. A prova dos autos demonstra de forma induvidosa o *animus furandi* do acusado, não havendo qualquer espaço para eventual absolvição (f. 181).

Tratando-se de aspectos incontroversos, deixo de tecer maiores considerações a esse respeito.

Adentrando ao mérito recursal propriamente dito, procede o pedido de exclusão da qualificadora.

Em juízo, a vítima afirmou que o acusado compareceu à Defensoria Pública, mas foi orientado a voltar em outro momento, pois estava fora do período para esse tipo de atendimento. Entretanto, como ele insistiu, alegando que possuía um mandado de prisão em aberto, ela deslocou-se até a sala da Defensora para ver se seria possível a realização do atendimento em caráter de urgência. Nesse momento, aproveitando-se do descuido dela, que havia deixado o aparelho celular em sua mesa, o apelante realizou o furto. Por fim, esclareceu que não se recordava de tê-lo atendido em outras ocasiões.

Pela própria narrativa de F., verifica-se a ausência do vinculo subjetivo caracterizador da confiança necessário para a incidência da qualificadora em questão.

O simples fato de o apelante estar na posição de assistido da Defensoria Pública não justifica a redução da vigilância sobre o bem subtraído, pois, de acordo com F., aquela era a primeira vez que o atendia, ou seja, até aquele momento, ambos nem sequer se conheciam, não se estabelecendo qualquer relação entre eles, muito menos de confiança.

O fato de ele ter se valido da disponibilidade de outrem para ajudá-lo a resolver suas pendências criminais pode incrementar sua culpabilidade, mas definitivamente não configura a qualificadora delineada no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal.

A esse respeito, oportuna a lição de André Estefam:

> O que justifica a majorante é a quebra da confiança empregada pelo agente, que dela se utilizou para reduzir a vigilância do ofendido sobre o bem e subtraí-lo. Deve-se frisar que, para a incidência da qualificadora, a vítima deve depositar, por algum motivo, especial confiança no agente (amizade, parentesco, relações ou referências profissionais etc.), o qual dela se aproveita (ex.: um amigo visita outro e, aproveitando-se da confiança depositada, subtrai algum bem sem que o proprietário perceba ou mesmo suspeite de suas intenções). De ver que a mera relação empregatícia não enseja, por si só, vinculo de confiança (haverá, entretanto, a agravante genérica do CP, art. 61, II, f-"prevalecendo-se de relações domésticas"), fazendo-se necessário existir, por algum motivo, particular razão para tributar ao agente especial crédito (por exemplo, diarista contratada por conta de boas referências, a quem se entrega as chaves do imóvel durante viagem dos patrões (ESTEFAM, André. Direito penal, volume 2: parte especial: arts. 121 a 234-B. 5.ed.São Paulo: Saraiva Educação, 2018, , p 411).

Assim, a qualificadora deve ser afastada, ficando o acusado condenado nas sanções do art. 155, *caput*, do Código Penal.

Necessário, então, reestruturar a reprimenda imposta.

A culpabilidade foi corretamente avaliada, pois, conforme destacado pelo Magistrado e informado no Sistema SEEU, o acusado cumpria pena (certidão de antecedentes criminais de f. 113/115

e 116/118), em gozo de prisão domiciliar, quando veio a cometer novo crime, ou seja, ele traiu a confiança que lhe fora depositada pelo juízo, incrementando a reprovabilidade de sua conduta.

Nem se cogite *bis in idem* com a reincidência, porque se baseia em fundamento diverso daquele que enseja o reconhecimento da agravante.

Afora isso, como a instância revisora não está adstrita aos fundamentos empregados na sentença, acresço que a maior censurabilidade de sua conduta também se expressa no fato de que a subtração ocorreu nas dependências da Defensoria Pública, tendo ele se valido da função da valorosa instituição, que se dispôs a assisti-lo em processos criminais, e da boa-fé e empenho da vítima em ajudá-lo para alcançar a subtração.

Da mesma forma, os antecedentes não podem ser desconsiderados. De acordo com as certidões de antecedentes criminais de f. 66/70, 96/101, 109/110, 113/115 e 116/118, ele ostenta 04 condenações definitivas não atingidas pelo período depurador, das quais uma será utilizada para reincidência e as demais, nesta fase.

Diante da maior reprovabilidade da conduta do acusado e da existência de outras três condenações em seu desfavor, estipulo a pena-base em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa no valor unitário mínimo, patamar que reputo justo e proporcional ao exame das circunstâncias judiciais.

Abro parêntesis para lembrar que a existência de apenas uma vetorial negativa já seria suficiente para elevar a reprimenda e, no caso, foram reprovadas duas. E seus antecedentes são extremamente desabonadores a autorizar a fixação da pena-base em patamar um pouco mais severo.

Na etapa seguinte, não vejo como dar guarida ao pedido de reconhecimento da atenuante da confissão. Embora J. tenha assumido a posse da res furtiva (f.13 e mídia PJE), alegou acreditar que o bem lhe pertencia, logo, não assumiu a prática delituosa que lhe foi atribuída.

Por outro lado, incide a agravante da reincidência, pelo que elevo a reprimenda em 1/6 (um sexto), para estabelecê-la em 02 (dois) anos e 15 (quinze) dias de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa.

Na terceira etapa, não vejo como reconhecer a modalidade privilegiada do furto, em razão da reincidência. Ausentes outras causas de oscilação, consolido a pena em 02 (dois) anos e 15 (quinze) dias de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa.

No que se refere ao regime prisional, constatada a reincidência e presentes duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, caberia, em tese, o regime fechado. Contudo, para não incorrer em *reformatio in pejus*, fica mantido o regime estabelecido na sentença.

Ademais, pelos mesmos motivos, inviáveis as benesses dos arts. 44 e 77 do Codex.

Pela reincidência e pelos maus antecedentes, associado ao fato de que, quando veio a cometer esse crime, estava em regime aberto, no gozo de prisão domiciliar, mantenho denegado o direito de interpor eventuais recursos em liberdade.

Com tais considerações, dou parcial provimento ao recurso para, decotando a qualificadora do abuso de confiança, reduzir a reprimenda imposta a J.C.D. para 02 (dois) anos e 15 (quinze) dias de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa, mantendo, no mais, a sentença.

Comunicar, com urgência, o MM. Magistrado acerca do presente julgamento, a fim de que promova os ajustes necessários na execução de pena do acusado.

Custas, na forma da sentença.

DES. ANACLETO RODRIGUES - Peço vênia ao em. Desembargador Relator para divergir parcialmente de seu judicioso voto, porquanto vislumbro necessário o reconhecimento da atenuante da confissão na segunda fase da aplicação da pena.

Isso porque o col. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, mesmo que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação.

Na ocasião de seu depoimento em juízo, o réu confessou espontaneamente a subtração do celular da vítima, elemento esse utilizado como um dos fundamentos para demonstrar a autoria do delito e, consequentemente, embasar a sua condenação.

Frise-se, o recorrente não negou a prática delitiva, mas apenas registrou que não tinha a intenção de subtrair o objeto, pois chegou a pensar que lhe pertencia.

As declarações supracitadas, indene de dúvidas, contribuíram para a elucidação dos fatos investigados, tendo se prestado como supedâneo para a condenação decretada, conforme se constata do seguinte trecho da sentença:

> A autoria também é evidente, tanto é que confessada pelo denunciado, no que foi corroborado pela vítima e pelas testemunhas ouvidas na presente audiência. O ponto controvertido da lide reside apenas na intenção do agente, isto é, se ele agiu ou não com *animus furandi*. Com efeito, o denunciado negou qualquer intenção de subtrair a res furtiva, afirmando que se encontrava bêbado e pegou o celular da vítima pensando que fosse o seu. Disse que ele se encontrava na mesa da ofendida, conseguindo pegá-lo pelo buraco do acrílico que havia no local, após o que foi embora para sua casa, sendo que no meio do caminho percebeu que não se tratava de seu aparelho, o qual havia deixado em sua casa carregando. Narrou que, por isso, escondeu o telefone da vítima em uma árvore na intenção de devolvê-lo na manhã seguinte, justificando não tê-lo levado para sua casa por receio de tomar uma surra de sua genitora. Disse que os policiais chegaram logo em seguida, instante em que mostrou para eles o local onde havia escondido o telefone, o qual foi recuperado (f. 181).

Destarte, considerando que o acusado admitiu a autoria do delito, sendo a sua confissão utilizada para embasar a condenação, necessário o reconhecimento da atenuante genérica prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal.

Nesse sentido:

> Agravo regimental no habeas corpus. Descaminho. Confissão espontânea. Incidência. Impossibilidade. Não admissão da prática delitiva pelo acusado. Agravo desprovido. - O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado na Súmula nº 545/STJ de que, "quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal", sendo indiferente que a admissão da autoria criminosa seja parcial, qualificada ou acompanhada de alguma causa excludente de ilicitude ou culpabilidade. - No caso dos autos, não foi utilizada a confissão do acusado para a formação do convencimento do julgador, pois, na hipótese, ele não confessou nem mesmo de forma parcial os fatos que lhe foram imputados. - Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 461.977/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. em 25.09.2018, *DJe* de 02.10.2018).

E ainda:

> Apelação criminal. Preliminar de nulidade. Juntada de cópia do laudo toxicológico definitivo após a sentença. Inocorrência. Mérito. Tráfico de drogas. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Desclassificação para o delito de uso. Destinação para uso pessoal não demonstrada. Porte de arma de uso permitido. Porte para defesa pessoal. Absolvição. Impossibilidade. Atipicidade da conduta. Inexistência de lesividade ao bem jurídico tutelado. Não ocorrência. Reconhecimento da confissão espontânea. Necessidade. [...] - A justificativa do porte ilegal de arma de fogo de uso permitido para fins de defesa pessoal não exclui a ilicitude do delito previsto no art. 14 da Lei 10.826/03. - O delito descrito no art. 14 da Lei 10.826/03 classifica-se como de mera conduta e de perigo abstrato, revelando-se lesivo ao bem jurídico tutelado pela norma penal que o incrimina e revestindo-se, pois, de tipicidade penal consubstanciada no simples ato de portar a arma. - Tendo o réu confessado em juízo o delito de porte de arma de uso permitido, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida (TJMG - Apelação Criminal 1.0414.16.002876-0/001, Relator: Des. Paulo Cézar Dias, 3ª Câmara Criminal, j. em 22.05.2018, p. em 30.05.2018).

Feitas tais considerações, passo à dosimetria da pena.

Na primeira fase da dosimetria, mantidos os parâmetros fixados no voto condutor, mantenho a pena-base em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa.

Na segunda fase, compenso a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, permanecendo a pena intermediária no mesmo patamar.

Na terceira fase, ausentes outras causas para oscilação da pena, tal como destacado no voto condutor, consolido a pena em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa.

Mantenho, quanto ao mais, os exatos termos do voto condutor, referentes ao regime de cumprimento da pena e benefícios dos arts. 44 e 77 do CP, face à reincidência e aos maus antecedentes do acusado.

Mediante tais considerações, divirjo parcialmente do em. Desembargador Relator e dou parcial provimento ao recurso, em maior extensão, a fim de, reconhecendo a atenuante da confissão espontânea, readequar a pena definitiva para 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa.

É como voto.

DES. MAURÍCIO PINTO FERREIRA - Redobrando os pedidos de vênia ao eminente Desembargador Relator, acompanho a divergência inaugurada pelo eminente Desembargador Revisor.

É como voto.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO EM PARTE O RELATOR.

Agravo em execução penal - Recurso defensivo - Progressão de regime - Prévia realização de exame criminológico - Necessidade demonstrada - Redução do prazo de 180 para 45 dias - Viabilidade - Lapso prejudicial ao reeducando - Recurso parcialmente provido

- Considerando a dispensabilidade do exame criminológico ou de avaliação pela Comissão Técnica de Classificação para se aferir o preenchimento do requisito subjetivo necessário para a concessão dos benefícios da execução, caberá ao Juízo fundamentar sua necessidade com base em elementos concretos da execução da pena do reeducando.

- *In casu*, a necessidade de submissão do apenado à Comissão Técnica de Classificação restou devidamente comprovada, em face do histórico de infrações disciplinares do agravante no curso de sua execução.

- Levando em consideração que o apenado já adimpliu o requisito temporal para a progressão, o Exame Criminológico deve ser realizado com a maior brevidade, a fim de se evitar uma situação prejudicial ao agravante. Fixado o prazo de 45 dias a contar do presente julgamento, por analogia, ao estipulado pelo art. 150, § 1º, do CPP.

Agravo em Execução Penal nº 1.0301.16.008540-5/003 - Comarca de Ribeirão das Neves - Agravante: J.M.Q.F. - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: JD. Convocado Haroldo Toscano.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Criminal Especializada do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar pacial provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 29 de junho de 2022. - *Haroldo Toscano*. – Juiz de Direito.

Voto

JD. CONVOCADO HAROLDO TOSCANO - Trata-se de agravo em execução penal, interposto por J.M.Q.F., contra decisão acostada ao documento de ordem nº 03, proferida pela MMª. Juíza de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Governador Valadares/MG, que indeferiu os pedidos de progressão de regime para o aberto, ao fundamento na necessidade de exame criminológico.

Em suas razões, a defesa pugna, em síntese, pelo deferimento da progressão de regime, ao argumento que o agravante preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da citada benesse. Subsidiariamente, pela redução do prazo para a realização do exame criminológico (ordem nº 02).

Em suas contrarrazões, o Órgão Ministerial bate pelo conhecimento e desprovimento do recurso (ordem nº 07).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de lavra do i. Procurador de Justiça R.B.F.V., opinou pelo conhecimento e desprovimento do agravo (ordem nº 11).

É o relatório do essencial.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Não foram arguidas preliminares, nem vislumbro nenhuma a ser reconhecida de ofício, razão pela qual passo ao exame do mérito.

Mérito.

A defesa pretende, em síntese, a progressão de regime ao agravante, independentemente da realização do exame criminológico, ao argumento que "em nenhum momento a ilustre juíza *a quo* elencou qualquer situação ocorrida durante o cumprimento da pena para justificar a necessidade do exame". Subsidiariamente, pleiteia pela redução do prazo para a realização do exame criminológico (ordem nº 02).

Ao meu ver, quanto ao pedido da não realização do exame criminológico, melhor sorte não assiste à defesa.

O reeducando cumpre pena de 37 (trinta e sete) anos e 06 (seis) meses de pena, em razão das seguintes condenações (ordem nº 09):

- Art. 214, *caput*, do Código Penal (Autos nº 0085413-55.2016.8.13.0301;

- Art. 12, *caput*, c/c art. 18, VI, da Lei nº 6.368/76 (Autos nº 0085421-32-2016.8.13.0301);

- Art. 214, *caput*, do Código Penal (Autos nº 0085439-53.2016.8.13.0301);

- Art. 12, *caput*, da Lei nº 6.3868/76 (Autos nº 0085462-96.2016.8.13.0301);

- Art. 214, *caput*, do Código Penal (Autos nº 0085447-30.2016.8.13.0301);

- Art. 214, *caput*, do Código Penal (Autos nº 0085454-22.2016.8.13.0301).

O d. Magistrado *a quo* indeferiu os pedidos, com os seguintes fundamentos (ordem nº 03):

> Considerando que o sentenciado fora condenado a 37 (trinta e sete) anos de pena privativa de liberdade, pela prática dos crimes de tráfico de drogas, por duas vezes, e de atentado violento ao pudor, por quatro vezes; considerando que o sentenciado praticou, pelo menos, uma falta grave durante o cumprimento da pena; considerando que sentenciado praticou, pelo menos, três novos crimes durante o cumprimento da pena (03.04.2000, 30.11.2020 e 02.01.2006); considerando que resta ao sentenciado o cumprimento de mais de 14 anos de PPL, considerando a necessidade de uma avaliação mais cuidadosa de sua personalidade antes de permitir seu retorno à sociedade, e, considerando, ainda, ser indis-

> pensável aferir o senso do de responsabilidade do sentenciado e o requisito subjetivo para usufruir do benefício da PR/Prisão Domiciliar, reputo necessária a realização de exame criminológico, nos termos do Enunciado 26 da Súmula Vinculante do STF e do Enunciado 439 da Súmula do STJ [...].

Com efeito, quanto ao cumprimento do requisito subjetivo necessário à progressão de regime, a realização do exame criminológico tornou-se dispensável, com o advento da Lei nº 10.792/03, que alterou a redação do art. 112 da LEP, excluindo essa necessidade.

Sabe-se que a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, denominada Pacote Anticrime, alterou novamente a redação do art. 112, da LEP. Contudo, as modificações alcançaram somente os requisitos objetivos, de forma que o requisito subjetivo para a concessão da progressão de regime permanece idêntico, ocorrendo apenas deslocado do *caput* da redação anterior para o § 1° do referido artigo.

Portanto, para a concessão da benesse, é exigida a boa conduta carcerária, atestada pelo diretor do estabelecimento, nos termos da atual previsão do art. 112, §1º, da Lei de Execução Penal. Confira-se: "[...] § 1º - Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão [...]".

Sobre a temática, é cediço que, a despeito da não obrigatoriedade, o juízo da execução pode determinar a submissão do reeducando à avaliação por meio do exame criminológico ou pela Comissão Técnica de Classificação, para a aferição do pressuposto subjetivo dos benefícios. Trata- se, no entanto, de hipótese excepcional, que deve estar devidamente fundamentada, tal qual sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se: "Súmula 439 - Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada".

Para fins de demonstração dessa necessidade, o Juízo deve se basear em elementos concretos da execução da pena do condenado, não sendo suficiente menção à gravidade do crime ou ao *quantum* da pena que resta para ser cumprido, conforme tenho reiteradamente me posicionado.

In casu, verifica-se que os elementos colhidos demonstram a necessidade de submissão do reeducando à Comissão Técnica de Classificação para a realização do exame criminológico. Explico.

O agravante cumpre extensa pena e ostenta em sua ficha criminal crimes praticados com violência ou grave ameaça. É de se destacar, aliás, conforme bem salientado pela d. Juíza *a quo*, que o reeducando praticou, durante o cumprimento de pena, 03 (três) novos crimes e 01 (uma) falta grave.

Tais circunstâncias, indubitavelmente, atraem maior cautela no deferimento dos seus benefícios da execução, justificando assim, a necessidade do exame criminológico.

Assim, resta comprovada a necessidade de submissão do reeducando ao exame criminológico, por elementos concretos ocorridos durante a sua execução conjugados com a gravidade dos delitos praticados pelo agravante (tráfico de drogas, por duas vezes, e de atentado violento ao pudor, por quatro vezes).

Importa ressaltar, aliás, que a o exame criminológico trata-se, nada mais, de procedimento de maior cautela, exigida no presente caso em virtude do comportamento do próprio reeducando, em face de sua reiteração em condutas desabonadoras durante execução penal.

Portanto, desdobramento natural do princípio da individualização da pena, insculpido no art. 5°, inciso XLVI, da Constituição Federal, não se podendo conceder o mesmo tratamento aos apenados que ostentam diversas infrações disciplinares em contraponto àqueles que apresentam bom comportamento durante sua execução penal.

Colhe-se, a propósito, o entendimento deste e. Tribunal de Justiça:

> Agravo em execução penal. Prática de fato definido como crime doloso durante a execução. Reconhecimento da falta grave. Trabalho externo. Saídas temporárias. Realização de exame criminológico ou de parecer da comissão técnica de classificação para a análise dos pedidos. Possibilidade. Faculdade do juiz da execução. Fundamentação idônea. Manutenção da decisão agravada. Recurso não provido. [...] - É possível a determinação de exame criminológico ou de parecer da Comissão Técnica de Classificação para fins de concessão de benefícios na execução, quando o juiz entender que a medida se faz necessária, fundamentando devidamente a sua decisão. - Recurso não provido (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0105.16.063284-7/002, Relator: Des. Corrêa Camargo, 4ª Câmara Criminal, j. em 10.06.2020, p. em 22.06.2020).

Portanto, embora o sentenciado tenha preenchido o requisito objetivo para a benesse, faz-se necessário a demonstração, por meio do exame criminológico, que está apto à ressocialização e, consequentemente, à progressão de seu regime prisional.

Lado outro, quanto ao pedido de redução do prazo para a confecção do exame criminológico, nota-se, *a priori*, que o prazo estipulado na decisão *a quo* de 180 (cento e oitenta) dias, encontra-se de todo elevado. Isso porque entendo que uma demora deliberada de fato pode mostrar-se prejudicial ao reeducando, a depender do resultado do exame.

De fato, não me passa despercebido que o agente se encontra cumprindo pena por crimes de elevada gravidade, sendo necessária certa cautela por parte do Estado.

Contudo, entendo que o prazo estipulado na decisão *a quo* é excessivamente longo, violando o direito do apenado que, ao que consta, já cumpriu o requisito temporal para a concessão da progressão de regime.

A decisão agravada, nesse ponto, não justificou a necessidade da imposição de prazo tão excessivo, sendo incabível imputar ao reeducando o ônus da demora estatal para a realização do exame.

Dessa feita, razoável a aplicação, por analogia, ao prazo estipulado pelo art. 150, § 1º, do CPP para a realização do exame do reeducando, ou seja, 45 (quarenta e cinco) dias, a contar da data do presente julgamento, caso ainda não tenha sido realizado.

Dispositivo.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso, apenas para determinar que o exame criminológico seja realizado em um prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, a contar da data deste julgamento.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Eduardo Machado e Kárin Emmerich.

Súmula: DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo em execução penal - Prescrição - Redução à metade - Artigo 115 do Código Penal - Marco temporal para análise da incidência - Sentença - Texto expresso da lei - Provimento negado

- Nos termos do art. 115 do Código Penal, "São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

- Se, na data da sentença condenatória, o réu não havia atingido o marco etário (70 anos), não se aplica a incidência da redução do prazo prescricional.

Agravo em Execução Penal nº 1.0000.22.036235-4/001 - Comarca de Itabira - Agravante: C.M.R. - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Relatora: Desª Maria das Graças Rocha Santos.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Criminal Especializada do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 29 de junho de 2022. - *Maria das Graças Rocha Santos*. – Relatora.

Voto

DESª. MARIA DAS GRAÇAS ROCHA SANTOS - Trata-se de recurso de agravo em execução penal, interposto por C.M.R., em face da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Itabira/MG (doc. de ordem 3), que indeferiu o pedido de extinção de punibilidade em razão da prescrição retroativa, cujo prazo prescricional, segundo o recorrente, deveria ser reduzido à metade, por incidência do art. 115 do Código Penal.

Em suas razões recursais (doc. de ordem 2), sustenta a parte agravante ter formulado ao juízo da execução o pedido de reconhecimento da prescrição retroativa, com base na pena em concreto, o qual foi indeferido ao argumento de que, no momento da prolação da sentença penal condenatória, o agravante ainda não tinha completado 70 anos.

Defende a necessidade de reforma da decisão, uma vez que, no caso do apenado, havendo modificação da pena no acórdão recursal, a data que interessaria para incidência da redução do prazo prescricional seria a da decisão colegiada.

Cita, então, jurisprudências e, ao final, requer o provimento do agravo para reformar a decisão guerreada, reconhecer a incidência do art. 115 do Código Penal, em razão da idade do recorrente à época do acórdão e, por conseguinte, declarar extinta sua punibilidade.

O Ministério Público ofertou contrarrazões recursais, juntadas ao doc. de ordem 7, pugnando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Em obediência ao art. 589 do CPP, o magistrado singular manifestou-se pela manutenção da decisão agravada (doc. de ordem 8).

Remetidos à Procuradoria-Geral de Justiça, foi ofertado o parecer juntado ao doc. de ordem 12, opinando pelo desprovimento do recurso, mantendo-se a decisão guerreada.

É o relatório.

Passo ao voto.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo em execução penal interposto.

Cinge-se o mérito recursal em verificar se o agravado faz jus à incidência da redução do prazo prescricional em razão da idade, conforme fixado junto ao art. 115 do Código Penal, considerando que o requisito etário foi atingido entre a data da sentença e a data do acórdão que a confirmou parcialmente, o qual teria reduzido a pena fixada em desfavor do réu.

Para tanto, invoca jurisprudências dos tribunais superiores, defendendo a posição de que apenas o acórdão meramente confirmatório afastaria a possibilidade de redução do prazo prescricional.

O Ministério Público pugnou pelo não provimento do recurso, tendo a Procuradoria-Geral de Justiça acompanhado tal posição.

Pois bem.

Feitas tais considerações, após debruçar-me sobre os argumentos apresentados nos autos, bem como analisando os documentos acostados, tenho que o recurso não comporta provimento.

Prevê o art. 115 do Código Penal: "Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos".

Como se vê, apesar do esforço interpretativo da defesa, ora agravante, a norma é clara ao fixar que deve ser considerada a idade do condenado na data da sentença.

Desse modo, considerando que a legislação confere especial importância à sentença, enquanto marco interruptivo e elemento indispensável à análise da prescrição, fosse a intenção do legislador dilatar a hipótese de incidência da redução etária, evidente que a redação teria sido estabelecida de forma diversa, uma vez que se presume que a lei não contém palavras inúteis.

Nesse sentido, a respeito do marco para constatação da incidência do art. 115, já decidiu o STF:

> Agravo interno em *habeas corpus*. Pretendido reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Inaplicável a redução pela metade do prazo prescricional (CP, art. 115). Idade de setenta anos alcançada em momento posterior à sentença condenatória. *Habeas*

corpus indeferido. Não provimento ao agravo interno. - O momento de verificação da idade do agente, para fins de redução do prazo prescricional pela metade, nos termos do art. 115 do Código Penal, é a data da sentença condenatória, não sendo aplicável a data de acórdão que confirma a sentença. Precedentes. - O agravante completou setenta anos em data posterior à sentença condenatória. - É inaplicável, para efeitos de redução do prazo prescricional (CP, art. 115), a idade de sessenta anos prevista no Estatuto do Idoso. Precedentes. - Agravo interno improvido (STF. HC 175034 AgR, Relator: Nunes Marques, Segunda Turma, j. em 24.02.2021, Processo Eletrônico *DJe*-046, d. em 10.03.2021, p. em 11.03.2021).

Agravo regimental em *habeas corpus*. Prescrição. Incidência do art. 115 do Código Penal. Impossibilidade. Agravante com idade inferior a 70 (setenta) anos na data da sentença condenatória. Precedentes. Regimental não provido. - Segundo a jurisprudência majoritária da Corte, a regra do art. 115 do Código Penal somente é aplicada ao agente com 70 (setenta) anos na data da sentença condenatória. - Entendimento jurisprudencial proveniente da interpretação literal do art. 115 do Código Penal. - O acórdão confirmatório da condenação não substitui a sentença para fins de redução do prazo prescricional (v.g. ARE nº 839.680-AgR/SC, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 27.09.16). - Agravo regimental ao qual se nega provimento (STF. HC 135671 AgR, Relator: Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em 02.12.2016, Processo Eletrônico *DJe*-031, d. em 15.02.2017, p. em 16.02.2017).

Habeas corpus. Pretendido reconhecimento de hipótese de redução, pela metade, do prazo da prescrição penal (CP, art. 115). Inviabilidade. Diretriz jurisprudencial em torno da compreensão do art. 115 do CP, cujos termos apontam a data da sentença penal condenatória como sendo aquela juridicamente relevante para efeito de aplicação da redução do lapso prescricional pela idade do sentenciado. situação inocorrente no caso. réu que contava com menos de 70 (setenta) anos de idade à época do marco temporal a ser considerado. Precedentes. Recurso de agravo improvido (STF. HC 143813 AgR, Relator: Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 16.10.2017, Processo Eletrônico *DJe*-261 d. em 16.11.2017, p. em 17.11.2017).

No mesmo sentido, o STJ:

Agravo regimental. *Habeas corpus*. Indeferimento liminar. Falta de fundamentação da decisão agravada. Provimento judicial motivado. Exame das teses suscitadas na razão inicial do *writ*. Coação ilegal inexistente. - A imprescindibilidade de fundamentação das decisões judiciais mereceu destaque na Constituição Federal, constando expressamente do inciso IX do art. 93, justificando-se na medida em que só é possível o seu controle ou impugnação se as razões que as justificaram forem devidamente apresentadas. - Da leitura da decisão agravada, verifica-se que este relator refutou, fundamentadamente, as alegações formuladas na inicial do *habeas corpus*, o que afasta a eiva suscitada neste agravo regimental. Impetração em substituição ao recurso cabível. Utilização indevida do remédio constitucional. Violação ao sistema recursal. Crime contra a ordem tributária. Prescrição da pretensão punitiva estatal. Réu que completou 70 (setenta) anos depois da primeira sentença condenatória. Impossibilidade de diminuição do prazo prescricional. – A defesa não apresentou argumentos novos capazes de alterar o entendimento firmado na decisão

> monocrática agravada, que, portanto, deve ser mantida por seus próprios fundamentos. Precedentes. - A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. - A extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva constitui matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício, em qualquer grau de jurisdição, nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal. Doutrina. Precedente. - A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que o termo "sentença" contido no artigo 115 do Código Penal se refere à primeira decisão condenatória, seja a do juiz singular ou a proferida pelo Tribunal, não se operando a redução do prazo prescricional quando o édito repressivo é confirmado em sede de apelação ou de recurso de natureza extraordinária. Ressalva do ponto de vista do Relator. - Na hipótese em tela, o acusado completou 70 (setenta) anos após a publicação da sentença condenatória, pelo que se mostra impossível a diminuição do prazo prescricional do ilícito que lhe foi imputado. - Excluída a causa de aumento decorrente da continuidade delitiva, nos termos do enunciado 497 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, tem-se que o agravante foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, o que revela que o prazo prescricional é de 8 (oito) anos, nos termos do artigo 109, inciso IV, do Código Penal. - Entre o recebimento da denúncia, que ocorreu em 13.03.2008, e a prolação do édito repressivo, em 18.08.2015 não transcorreram mais de 8 (oito) anos, o que impede a extinção da punibilidade do paciente pela prescrição da pretensão punitiva estatal, como pretendido. - Agravo regimental desprovido (STJ. AgRg no HC nº 574.596/RJ, Relator Jorge Mussi, Quinta Turma, *DJe* de 17.06.2020).

Ainda que a parte recorrente insista que, no caso em comento, a pena cominada na sentença (seq. 1.5, SEEU) foi reduzida no acórdão em questão (seq. 1.9, SEEU), há de se ressaltar tratar-se de um acórdão modificativo, que confirma a condenação originalmente fixada, alterando a dosimetria da pena e, por conseguinte, ao meu modesto entender, não altera o marco de reconhecimento da condenação.

Mutatis mutandis, já decidiu o STF:

> Recurso em *habeas corpus*. Penal. Agente maior de 70 anos após o juízo condenatório. Redução do prazo prescricional. Inaplicabilidade do art. 115 do CP. - Inúmeros precedentes, firmados por ambas Turmas do STF e apoiados em abalizado entendimento doutrinário, são no sentido de que a redução do prazo prescricional prevista no art. 115 do Código Penal é aplicável ao agente maior de 70 anos na data da sentença, e não na data em que o título executivo penal condenatório se tornou imutável. - Recurso ordinário improvido (STF. RHC 125565, Relator: Teori Zavascki, Segunda Turma, j. em 05.05.2015, Processo Eletrônico *DJe*-093, d. em 19.05.2015, p. em 20.05.2015).

Se condenação em si foi mantida, ainda que parcialmente alterada, não desloca o prazo de verificação da idade do condenado, para fins de incidência do art. 115 do Código Penal.

Nessa esteira, a redação do texto da lei é clara ao impor que deve ser considerada a data da sentença para verificação da incidência do disposto no art. 115 do CP, de modo que, se o próprio recorrente reconhece que não havia atingido o limite etário, não se aplica a redução do prazo prescricional.

Assim, considerando a literalidade da norma em questão, entendo que, apenas no caso de acórdão condenatório proferido após a prolação de sentença absolutória é que a data do acórdão seria considerada para observância do art. 115 do Código Penal.

Forte em tais considerações, nego provimento ao presente recurso e mantenho incólume a decisão objurgada.

Sem custas.

Votaram de acordo com a Relatora a Desembargadora Âmalin Aziz Sant'Ana e o Juiz de Direito Convocado Haroldo Toscano.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo em execução - Transferência de reeducando para outro estabelecimento prisional - Direito que não é absoluto e deve ser modulado de acordo com a conveniência da administração pública - Harmonização do regime - Ausência de documentos paraanálise - Recurso desprovido

- Embora a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal estabeleçam diretrizes que recomendam a aproximação do apenado de sua família, proporcionando uma gradativa reinserção social, tal direito não é absoluto e deve ser modulado de acordo com a conveniência da Administração Pública, estando condicionado à existência de vaga adequada para o cumprimento da reprimenda e realização de procedimento próprio.

- Não sendo juntados aos autos quaisquer documentos aptos a comprovar que o reeducando se encontra em regime mais gravoso do que o que direito, ou que não tem recebido o tratamento médico necessário, inviável o deferimento do pleito defensivo.

Agravo em Execução Penal nº 1.0000.22.057051-9/001 - Comarca de Ribeirão das Neves - Agravante: S.D.L. - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Relator: Des. Eduardo Machado.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Criminal Especializada do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 29 de junho de 2022. - *Eduardo Machado*. – Relator.

Voto

DES. EDUARDO MACHADO - Trata-se de agravo em execução, interposto pela defesa de S.D.L., contra a r. decisão de f. 11/17 do documento único do JPe, que deixou de determinar a transferência de unidade prisional requisitada pelo reeducando, além de indeferir o pedido de concessão de prisão domiciliar.

Em suas razões recursais de f. 03/10 requer a defesa a reforma da decisão agravada afirmando que cabe aos juízos da execução envolvidos estabelecerem comunicação, a fim de viabilizar a transferência do apenado à Comarca de Curitiba/PR, cujos custos do traslado compromete-se a família a bancar. Ademais, sustenta que o agravante se encontra em regime mais gravoso do que o que tem direito, sendo, ademais, maior de 60 (sessenta) anos, possuidor de doenças como hipertensão e diabetes, e não vem recebendo o tratamento médico necessário. Assim, nos moldes da Súmula

Vinculante nº 56 do STF, requer a adequação da pena do reeducando regime semiaberto e sua "harmonização" com monitoramento eletrônico.

Contrarrazões às f. 21/30, pugnando pelo desprovimento do recurso defensivo.

Juízo de retratação à f. 31, mantendo a decisão agravada.

Manifesta-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, no parecer às f. 43/48, pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Em análise dos autos, é possível observar que o agravante se encontra em cumprimento de pena na Comarca de Ribeirão das Neves/MG, em regime semiaberto, em razão de condenação pela prática do crime previsto no art. 217-A, § 1º do Código Penal, a uma reprimenda total de 08 (oito) anos de reclusão (f. 32/33 do documento único do JPe).

Consta que a condenação do reeducando é originária da Vara Única da Comarca de Itá/SC, e que esse foi preso nos Estados Unidos, em 20.04.2021, sendo extraditado ao Brasil para o cumprimento de sua reprimenda.

Pretende a defesa do apenado, assim, a reforma da decisão combatida de forma a possibilitar ao sentenciado a transferência para a Comarca de Curitiba/PR, aproximando-o da sua família, ou, subsidiariamente, a adequação de seu regime de cumprimento de pena e sua "harmonização" mediante a imposição de monitoração eletrônica.

Entretanto, após detida análise dos autos, tenho que o desprovimento do recurso é medida que se impõe.

Com efeito, sabe-se que a Lei de Execução Penal e a Constituição Federal estabelecem diretrizes para promover a progressiva reinserção do apenado na sociedade, ainda dando especial atenção ao papel da família na ressocialização.

Contudo, deve-se registrar que o direito à transferência nessas hipóteses não é absoluto e não se trata de um direito subjetivo do reeducando. Em sentido contrário, tal direito é modulado pela conveniência da Administração Pública e fica condicionado à existência de estabelecimento adequado para o atual regime do apenado.

Assim se manifestou a magistrada primeva na decisão agravada, oportunidade em que asseverou não se opor à transferência do reeducando, desde que haja vaga na unidade prisional pretendida, sendo inviável a determinação da transferência sem a anuência do Juízo Corregedor dos Presídios na Comarca de Curitiba/PR.

Nesse sentido é a pacífica jurisprudência desta Corte, bem como do Colendo Superior Tribunal de Justiça, senão veja:

> Agravo em execução penal. Transferência de apenado para unidade prisional próxima à família. Análise da conveniência, oportunidade e necessidade do remanejamento. Inexistência de direito público subjetivo do condenado. - A jurisprudência é pacífica no sentido de que a transferência de apenado para unidade prisional localizada nas proximidades da residência da família não constitui um direito público subjetivo do apenado, cabendo ao Juízo das Execuções Penais e da Secretaria de Estado de Defesa Social avaliarem a conveniência da medida. Não comprovado esse requisito, não se defere a transferência (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0134.19.000620-2/001, Relator: Des. Fortuna Grion, 3ª Câmara Criminal, j. em 02.06.2020, p. em 16.06.2020).

> Agravo em execução penal. Transferência da execução para a comarca apontada pela defesa como de residência do sentenciado. Direito subjetivo. Inexistência. Resguardo do interesse da administração da justiça criminal. - Não há que se falar direito subjetivo da transferência da execução da pena para a Comarca apontada pela defesa como a de residência do sentenciado (ou seja, próximo ao seu meio social e familiar) quando tal providência for inconveniente ou contrária aos interesses da administração da Justiça Criminal (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0016.18.005682-8/001, Relator: Des. Paulo Calmon Nogueira da Gama, 7ª Câmara Criminal, j. em 11.12.2019, p. em 18.12.2019).

Ademais, é bom que se diga que, ao contrário do pontuado pela defesa em suas razões recursais, não se trata de necessidade de comunicação entre os órgãos judiciais, mas de iniciativa da família/defesa do reeducando a requisição da transferência, conforme consta na própria manifestação da SEJUSP/Gestão de Vagas colacionada à inicial. Após autorizada a transferência, necessário que o interessado remeta tal documento ao setor competente, a fim de dar prosseguimento à demanda. Vejamos:

> Insta informar, que por parte da Superintendência de Gestão de Vagas - SGVA, Diretoria de Gestão de Vagas - DGV, Núcleo Interestadual - NIE, ambos do Departamento Penitenciário de Minas Gerais - DEPEN/MG, não há objeção, de que o indivíduo seja transferido para o Estado do Paraná, por aproximação familiar, conforme requerido. Contudo, a solicitação de transferência do indivíduo, do Estado de Minas Gerais para o Estado do Paraná, poderá ser pleiteada junto a Secretaria da Segurança Pública e Administração Penitenciária do Estado do Paraná, Departamento Penitenciário - DEPEN/PR (centraldevagasdepen@depen.pr.gov.br; cv- remocoesinterestaduais@depen.pr.gov.br; cotranspdepen@depen.pr.gov.br;), e neste caso, deve ser feita pela família e/ou defesa do indivíduo. E uma vez autorizado por aquele órgão, que nos remeta a autorização (sgvcprotocolo@gmail.com;), a fim de darmos continuidade ao pleito (f. 04 do documento único do JPe).

Ora, encontrando-se a decisão recorrida fundamentada em elementos concretos dos autos, sendo necessário o requerimento administrativo da transferência, tenho que inexiste qualquer irregularidade na decisão proferida pelo Juízo *a quo*, sendo necessária a manutenção, por ora, do apenado no estabelecimento onde ele se encontra.

Prosseguindo, tenho que inviável a readequação do regime do sentenciado, ou a concessão de sua "harmonização", mediante a imposição de monitoração eletrônica.

Isso porque, muito embora tenha a defesa alegado que o apenado se encontra em condição mais gravosa do que a que tem direito, não lhe sendo provido sequer atendimento médico, não foram juntados aos autos quaisquer documentos a comprovar tais afirmativas.

Destaca-se, ainda, que, na decisão combatida, a MMª Juíza *a quo* indeferiu o pedido de concessão da prisão domiciliar ao reeducando, fundamentando, em síntese:

> a. Considerando que o sentenciado fora condenado pela prática de crime(s) previsto(s) na Lei nº 12.850/2013 e/ou na Lei nº 9.613/1998 e/ou contra a administração pública e/ou hediondo ou equiparado e/ou com violência doméstica contra a mulher, reputo ausente o requisito objetivo, razão pela qual indefiro o pedido de concessão da prisão domiciliar excepcional, nos termos do art. 1, § 1º, da Recomendação CNJ nº 91/2021.
>
> b. Considerando que o reeducando cumpre pena em estabelecimento prisional adequado ao regime imposto, indefiro o pedido de prisão domiciliar, nos termos da SV 56.

Sendo assim, ausentes quaisquer documentos nos autos capazes de desconstituir os fundamentos elencados pela julgadora de piso, e estando os autos de execução sob segredo de justiça, impedindo sua consulta por este Relator, tenho que necessária a manutenção do indeferimento do benefício pleiteado.

Ante tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo, na íntegra, a r. decisão, por seu próprios fundamentos.

É como voto.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator as Desembargadoras Kárin Emmerich e Valéria Rodrigues Queiroz.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Recurso especial - Registros públicos - Ação de retificação de nome – Duplicação de consoante inserta no apelido de família - Pretendida conciliação entre assinatura artística e nome registral - Instâncias ordinárias que julgaram improcedente o pedido. Insurgência do autor. Princípio da imutabilidade relativa - Caráter excepcional e devidamente fundamentado em justo motivo - Ausência - Prejuízo a apelido de família - Improcedência mantida

Hipótese: trata-se de pedido de alteração de patronímico de família, com a duplicação de uma consoante, a fim de adequar o nome registral àquele utilizado como assinatura artística.

1. Atualmente, ante o feixe de proteção que irradia do texto constitucional, inferido a partir da tutela à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CRFB/88), o direito ao nome traduz-se como uma de suas hipóteses de materialização/exteriorização e abrange a garantia ao livre desenvolvimento da personalidade, devendo refletir o modo como o indivíduo se apresenta e é visto no âmbito social. Todavia, embora calcado essencialmente na tutela do indivíduo, há uma inegável dimensão pública a indicar que, associado ao direito ao nome, encontra-se o interesse social na determinação da referida identidade e procedência familiar, especificamente sob a perspectiva daqueles que possam vir a ter relações jurídicas com o seu titular.

2. O princípio da imutabilidade do nome não é absoluto no sistema jurídico brasileiro, de modo que o nome civil, conforme as regras insertas nos artigos 56 e 57 da Lei de Registros Públicos, pode ser alterado: **a)** no primeiro ano após o alcance da maioridade, desde que não prejudique os apelidos de família; ou **b)** ultrapassado esse prazo, excepcionalmente, por justo motivo, mediante oitiva do representante do Ministério Público e apreciação judicial.

2.1 O sobrenome, apelido de família ou patronímico, enquanto elemento do nome, transcende o indivíduo, dirigindo-se, precipuamente, ao grupo familiar, de modo que a admissão de alterações/

modificações deve estar pautada pelas hipóteses legais, via de regra, decorrente da alteração de estado (adoção, casamento, divórcio), ou, excepcionalmente, em havendo justo motivo, preceituado no artigo 57 da Lei nº 6.015/73. Tratando-se, portanto, de característica exterior de qualificação familiar, afasta-se a possibilidade de livre disposição, por um de seus integrantes, a fim de satisfazer interesse exclusivamente estético e pessoal de modificação do patronímico.

2.2 Nada obstante os contornos subjetivos do nome como atributo da personalidade e elemento fundamental de identificação do sujeito - seja no âmbito de sua autopercepção ou no meio social em que se encontra inserido -, o apelido de família, ao desempenhar a precípua função de identificação de estirpe, não é passível de alteração pela vontade individual de um dos integrantes do grupo familiar.

2.3 Na hipótese dos autos, a modificação pretendida altera a própria grafia do apelido de família e, assim, consubstancia violação à regra registral concernente à preservação do sobrenome, calcada em sua função indicativa da estirpe familiar, questão que alcança os lindes do interesse público. Ademais, tão-somente a discrepância entre a assinatura artística e o nome registral não consubstancia situação excepcional e motivo justificado à alteração pretendida.

3. O nome do autor de obra de arte, lançado por ele nos trabalhos que executa (telas, painéis, etc), pode ser neles grafado nos moldes que bem desejar, sem que tal prática importe em consequência alguma ao autor ou a terceiros, pois se trata de uma opção de cunho absolutamente subjetivo, sem impedimento de qualquer ordem. Todavia, a utilização de nome de família, de modo geral, que extrapole o objeto criado pelo artista, com acréscimo de letras que não constam do registro original, não para sanar equívoco, mas para atender a desejo pessoal, não está elencado pela lei a render ensejo à modificação do assento de nascimento.

4. Recurso especial desprovido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.729.402 - SP – Relator: MINISTRO MARCO BUZZI.

Recorrente: Romero Brito. – Advogado: Renato César Veiga Rodrigues e outro(s).

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Raul Araújo. Votou vencido o Sr. Ministro Raul Araújo.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão (Presidente), Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2021 - *Ministro Marco Buzzi.* - Relator

Certidão

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a) para a sessão extraordinária do dia 02.12.21, às 09:00 horas."

Certidão

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado o julgamento por indicação do Sr. Ministro Relator.

Certidão

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado o julgamento para a próxima sessão (14.12.2021), por indicação do Sr. Ministro Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator) - Cuida-se de recurso especial interposto por Romero Francisco da Silva Brito, com fulcro no artigo 105, inciso III, "a", da Constituição da República Federativa do Brasil, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na origem, o ora recorrente ajuizou "ação de retificação de registro civil", com fulcro no artigo 109 da Lei nº 6.015/73. Em sua inicial (f. 1-3, e-STJ), asseverou o autor ser artista plástico, "conhecido mundialmente pela sua arte pop", utilizando como nome artístico "Romero Britto", com a repetição, portanto, da consoante "t", em todas as suas obras e gravuras, em que pese o seu sobrenome, ora em foco, não seja dotado da duplicidade da letra em evidência.

Nesse sentido, arguiu ser reconhecido internacionalmente como "Romero Britto" e, de modo a conciliar o nome artístico com aquele que lhe foi conferido por ocasião de seu assento de nascimento, propôs a demanda em questão, a fim de proceder à retificação respectiva.

Pediu, ao final, a alteração do registro, para que seu nome passe a constar como: "Romero Francisco da Silva Britto".

Após manifestação desfavorável do representante do Ministério Público, o magistrado singular proferiu sentença, às f. 34-36, e-STJ, em que julgou improcedente o pedido, sob o argumento de que "o mero fato de ser reconhecido pelo nome artístico não é situação suficiente, em si, para autorizar a mudança de um sobrenome".

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, negou provimento, em acórdão assim ementado:

> Registro civil. Alteração do patronímico de família com a dobra da consoante “t”. Alegação do requerente de que já é conhecido no meio artístico com o sobrenome alterado. Fundamentação que não se apresenta como relevante a permitir a retificação. Sobrenome condizente com o de seus ancestrais. Alteração que somente é permitida em caráter excepcional, quando não prejudicar os apelidos de família, como determina o artigo 56 da Lei de Registros Públicos. Ação improcedente Decisão mantida Recurso improvido (f. 71, e-STJ).

Opostos embargos de declaração (f. 80-82, e-STJ), esses foram rejeitados (f. 84-87, e-STJ).

Daí a interposição do recurso especial às f. 89-99, e-STJ, amparado na alínea "a" do permissivo constitucional, em cujas razões aponta o recorrente a existência de violação ao artigo 56 da Lei nº 6.015/73.

Sustenta, em síntese, que a retificação pretendida não ocasionará nenhum prejuízo ao nome característico da família, à medida que implicará tão-somente a inclusão de uma consoante "t" no sobrenome "Brito", inapta à alteração fonética.

Destacou que, no caso, não há independência entre sua identificação artística e o nome registral, pois esse está intrinsecamente relacionado à sua marca (assinatura artística), inserta em sua arte e gravuras, sendo utilizada há mais de trinta anos, sem dolo e com notoriedade.

Em sede de juízo provisório de admissibilidade, a Corte de origem inadmitiu o recurso especial (fl. 108-109, e-STJ).

Interposto o respectivo agravo (art. 1042 do CPC), os autos ascenderam a esta Corte.

Em decisão monocrática (f. 129-130, e-STJ), foi acolhido o reclamo, visando ao acesso a esta instância, determinando-se a reautuação como recurso especial, a fim de melhor examinar a controvérsia.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal, por intermédio de seu representante, manifestou-se pelo provimento do reclamo.

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator) - O presente reclamo não merece prosperar, nos termos a seguir expostos.

Delimitação da controvérsia.

Cinge-se à controvérsia instaurada no apelo extremo à possibilidade de alteração de patronímico, especificamente a duplicação de consoante ("t") em um dos apelidos de família do autor ("Brito"), deduzida com fulcro na necessidade de conciliação da assinatura artística, que o autor apõe nas obras de arte por ele concebidas, com o registro civil.

Para tanto, invoca o recorrente a existência de violação ao artigo 56 da Lei nº 6.015/73, utilizado pela Corte de origem para manter o indeferimento do pedido veiculado na exordial, sob o argumento de causar prejuízo ao apelido de família.

Nome civil: aspectos fundamentais e possibilidade de alteração.

De início, necessário destacar que o direito ao nome, a par do histórico de teorias que buscaram delinear sua natureza jurídica, insere-se no âmbito dos direitos da personalidade, desdobramento do princípio fundamental da dignidade humana e correlato dos direitos fundamentais à intimidade, vida privada, honra e imagem.

Desse modo, para além da legislação infraconstitucional de regência (Código Civil e Lei dos Registros Públicos - 6.015/73), seus contornos e tutela são informados pelos princípios relacionados à proteção da dignidade humana (artigo 1º, inciso III, da CRFB/88).

Consoante lição de Carlos Alberto Bittar,

> Outro direito fundamental da pessoa é o da identidade, que inaugura o elenco dos direitos de cunho moral, exatamente porque se constitui no elo entre o indivíduo e a sociedade em geral.
>
> Com efeito, **o nome e outros sinais identificadores da pessoa são os elementos básicos de associação de que dispõe o público em geral para o relacionamento normal, nos diversos núcleos possíveis: familiar, sucessório, negocial, comercial e outros. Cumpre, aliás, duas funções essenciais: a de permitir a individualização da pessoa e a de evitar confusão com outra**. Possibilita seja a pessoa imediatamente lembrada, mesmo em sua ausência e a longas distâncias. Nesse sentido, aliás, a imagem e a voz também cumprem, a par de outros caracteres pessoais, a missão exposta, sob âmbito mais restrito, exigindo a prévia fixação e maior esforço associativo; mas, de qualquer sorte, nesse passo, atestam a contínua interpenetração dos direitos da personalidade de já referida. (Bittar, Carlos A. Os Direitos da Personalidade, 8ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2014. p. 195).

Com efeito, hodiernamente, ante o feixe de proteção que irradia do texto constitucional, inferido a partir da tutela à dignidade da pessoa humana, o direito ao nome traduz-se como uma de suas hipóteses de materialização/exteriorização e alcança os lindes do livre desenvolvimento da personalidade, devendo refletir o modo como o indivíduo se apresenta e é visto no âmbito social.

Todavia, ainda que calcado essencialmente na tutela do indivíduo, sem pretensão de adentrar eventual discussão acerca da dicotomia entre as suas facetas público e privada, fato é que, associado ao direito ao nome, encontra-se o interesse social na determinação da referida identidade e procedência familiar, especificamente sob a perspectiva daqueles que possam vir a ter relações jurídicas com o seu titular, mormente no que concerne, conforme aludido, aos apelidos indicadores da origem ancestral.

Portanto, no que se tange ao sobrenome, particularmente, sobressai a essencialidade da função de revelar a estirpe familiar. Referido elemento do nome, também denominado de patronímico

ou apelido de família, tem por escopo justamente designar, comum e inexoravelmente, todos os indivíduos pertencentes ao mesmo grupo familiar, preservando-o, como entidade, no meio social.

A considerar as particularidades e funções relacionadas aos atributos morais da personalidade, especificamente aquelas relacionadas ao nome, sobretudo a identificação subjetiva, familiar e social - reflexos de sua dimensão pública e privada -, diante da pertinência com o objeto do presente recurso especial, ressalta-se o princípio da imutabilidade relativa.

Evidencia-se o adjetivo relativa, como forma de mitigação da definitividade do nome, na medida em que, muito embora a regra geral seja a da manutenção do prenome e sobrenome, o ordenamento jurídico contempla hipóteses de alteração, modificação e retificação.

De fato, "o princípio da imutabilidade do nome não é absoluto no sistema jurídico brasileiro. O nome civil, conforme as regras dos artigos 56 e 57 da Lei de Registros Públicos, pode ser alterado: a) no primeiro ano após atingida a maioridade, desde que não prejudique os apelidos de família; ou b) ultrapassado esse prazo, por justo motivo, mediante apreciação judicial e após ouvido o Ministério Público". (REsp 1217166/MA, desta Relatoria, Quarta Turma, j. em 14.02.2017, *DJe* 24.03.2017)

Pela pertinência, transcrevem-se os artigos em comento:

> Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa. (Renumerado do art. 57, pela Lei nº 6.216, de 1975).
>
> Art. 57. **A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente**, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.100, de 2009).
>
> § 1º Poderá, também, ser averbado, nos mesmos termos, o nome abreviado, usado como firma comercial registrada ou em qualquer atividade profissional. (Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975).
>
> § 2º A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas. (Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975).
>
> § 3º O juiz competente somente processará o pedido, se tiver expressa concordância do companheiro, e se da vida em comum houverem decorrido, no mínimo, 5 (cinco) anos ou existirem filhos da união. (Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975).

§ 4º O pedido de averbação só terá curso, quando desquitado o companheiro, se a ex-esposa houver sido condenada ou tiver renunciado ao uso dos apelidos do marido, ainda que dele receba pensão alimentícia. (Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975).

§ 5º O aditamento regulado nesta Lei será cancelado a requerimento de uma das partes, ouvida a outra. (Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975).

§ 6º Tanto o aditamento quanto o cancelamento da averbação previstos neste artigo serão processados em segredo de justiça. (Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975).

§ 7o Quando a alteração de nome for concedida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente de colaboração com a apuração de crime, o juiz competente determinará que haja a averbação no registro de origem de menção da existência de sentença concessiva da alteração, sem a averbação do nome alterado, que somente poderá ser procedida mediante determinação posterior, que levará em consideração a cessação da coação ou ameaça que deu causa à alteração. (Incluído pela Lei nº 9.807, de 1999)

§ 8o O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2o e 7o deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.

Depreende-se dos artigos transcritos acima ao menos duas hipóteses legais de modificação do nome: a primeira, limitada ao primeiro ano da maioridade, em que se permite a alteração mediante procedimento simplificado, exigindo-se expressamente que não sejam prejudicados os apelidos de família; e a segunda, sem limitação temporal, com a necessária intervenção do Ministério Público e decisão do magistrado, adstrita a casos excepcionais, previstos nos parágrafos indicados, ou devidamente motivados e justificados pelo postulante.

Consoante pontuado pelo representante do Ministério Público Federal, em seu parecer (f. 141-148, e-STJ), essa Corte Superior tem adotado posicionamento mais flexível no que concerne à imutabilidade ou definitividade do nome civil, a partir da integração, em cada caso concreto, do conceito relacionado à excepcionalidade e ao justo motivo (artigo 57, caput, da Lei nº 6.015/73).

A bem de ilustrar o tema, traz-se à colação algumas hipóteses em que esse Superior Tribunal de Justiça procedeu ao reconhecimento de justo bastante, hábil a ensejar a alteração/modificação do nome [prenome ou apelido de família], a saber:

a) Recurso especial nº 605.708/RJ, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, j. em 16.08.2007, *DJe* 05.08.2008 - acréscimo, a título de homenagem, dos sobrenomes dos responsáveis pela criação da requerente, diversos dos seus pais biológicos;

b) Recurso especial nº 1.256.074/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, j. em 14.08.2012, *DJe* 28.08.2012 - inclusão de mais um sobrenome materno no nome de criança, sem a supressão dos demais;

c) Recurso especial nº 1.206.656/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 16.10.2012, *DJe* 11.12.2012 - inclusão do patronímico de companheiro;

d) Recurso especial nº 1.673.048/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 08.08.2017, *DJe* 25.08.2017 - autorização de supressão de dois apelidos de família, porque, mesmo com a redução, a identificação do grupo familiar seria preservada;

e) Recurso especial nº 1.514.382/DF, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. em 01.09.2020, *DJe* 27.10.2020 - alteração de prenome;

f) Recurso especial nº 1.393.195/MG, desta Relatoria, Quarta Turma, j. em 27.09.2016, *DJe* 07.11.2016 - acréscimo de sobrenome materno.

Os julgados acima indicados partem do pressuposto de ser permitida a modificação/alteração do nome, por motivos relacionados à autopercepção ou necessidade de sua adequação ao meio social, avançando para além daquelas hipóteses restritivamente ligadas a eventual exposição ao ridículo ou erro gráfico.

Entretanto, conquanto não aludido de maneira categórica, incisiva e explícita, é possível inferir a referência à necessidade de preservação dos apelidos de família, ante as especificidades e a função distintiva que lhe é inerente.

Por todos, citam-se os seguintes:

> Recurso especial. Interposição pela procuradoria de justiça. Possibilidade. Autonomia funcional (art. 127, §1º, DA CF/88). Observância. Registro civil. Alteração. Patronímico materno. Acréscimo. Possibilidade. Respeito a estirpe familiar. Identificação, na espécie. Recurso especial provido. - Admite-se o manejo de recurso especial interposto pelo Procurador de Justiça por força do princípio da autonomia funcional (art. 127, §1º, da CF/88). - O sistema jurídico exige que a pessoa tenha os patronímicos que identifiquem sua condição de membro de sua família e o prenome que a individualize entre seus familiares. - **Portanto, a alteração do nome deve preservar os apelidos de família, respeitando, dessa forma, a sua estirpe, nos exatos termos do artigo 56, da Lei nº 6.015/73. Identificação, na espécie**. - Recurso especial provido. (REsp 1256074/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, j. em 14.08.2012, *DJe* 28.08.2012; grifou-se)

> Civil. Processual civil. Recurso especial. Nome. Alteração possibilidade. **O nome da pessoa não é, pela legislação brasileira, fórmula imutável, podendo ocorrer em inúmeras situações, inclusive após o interessado atingir a maioridade civil, desde que se preserve os patronímicos dos ascendentes**. A supressão de dois termos que não se confundem com os apelidos de família, e tampouco com o prenome (stricto sensu), não tem o condão de vulnerar a segurança e estabilidade das relações cíveis, mormente quando o autor é menor impúbere. Recurso especial provido. (REsp 1673048/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 08.08.2017, *DJe* 25.08.2017; grifou-se)

> Recurso especial. Ação de retificação de registro. Acréscimo de patronímico materno. Instâncias ordinárias que indeferiram o pedido porquanto deficiente a motivação delineada na inicial. Insurgência da autora. - Hipótese: Discussão acerca da possibilidade de retificação do sobrenome, depois de atingida a maioridade, para acrescentar matronímico que não fora transmitido à filha, mas por ela adotado como sobrenome durante o tempo em que esteve casada. - O direito ao nome insere-se no campo dos direitos da personalidade, derivados do princípio fundamental da dignidade humana. Sob o aspecto público, exige-se o assento do nome e atribui-se imutabilidade relativa ao registro. Sob o aspecto privado, tem-se o direito à identidade e à transmissão do sobrenome aos descendentes. - **O princípio da imutabilidade, que rege o registro do nome, não é absoluto, uma vez que o ordenamento pátrio contempla diversas hipóteses de retificação e alteração tanto para o prenome quanto para o sobrenome. A alteração do sobrenome exige a manutenção dos apelidos de família**. - Na hipótese, verificam-se os requisitos de excepcionalidade e motivação, além das formalidades processuais exigidas para o acréscimo de apelido ao sobrenome. - Não consta do registro de nascimento da recorrente o sobrenome do pai e não há clareza quanto aos apelidos avoengos paternos, embora esteja claro o sobrenome materno e o apelido avoengo materno. - O apelido a ser acrescido foi utilizado pela recorrente durante a constância de seu casamento. - Higidez do procedimento verificada, constatada a apresentação de certidões negativas, citação de terceiros interessados e participação do Ministério Público no feito. - Retificação no registro que respeita a estirpe familiar e reflete a realidade da autora. Precedentes. - Recurso provido para determinar a retificação do assento de nascimento da recorrente. (REsp 1393195/MG, desta Relatoria, Quarta Turma, j. em 27.09.2016, *DJe* 07.11.2016)

De fato, o apelido de família, enquanto designação, é transmissível hereditariamente, ultrapassando o próprio arbítrio individual, conforme se deflui da própria norma inserta no artigo 56 da Lei de Registros Públicos, que, ao prever a possibilidade de alteração imotivada do nome, no primeiro ano após o atingimento da maioridade, ressalva expressamente a impossibilidade de se prejudicar os apelidos de família.

Acerca do aspecto distintivo da procedência ancestral, intrínseco ao patronímico/apelido de família, destaca-se a seguinte lição doutrinária:

> É aspecto distintivo da procedência familiar no meio social, pertencendo a todo grupo familiar, indistintamente, como entidade. **Justamente por isso não pode ser descartado pelo indivíduo que o ostente, dado que não é possível dispor daquilo que não pertence a cada um individualmente, apenas em conjunto, do grupo familiar com um todo.**
>
> **Tudo no sobrenome é essencial, acentua Humblet.**
>
> **A forma maiúscula ou minúscula das letras, a justaposição ou a separação das sílabas, os traços de união, acentos, tremas, apóstrofes, enfim, todos os sinais gráficos que porventura revelem em sua grafia original, excetuando-se, naturalmente, os casos de erro; frisando que 'não somente as diversas sílabas que constituem o nome e lhe dão individualidade: é**

também a ortografia." (RODRIGUES, Marcelo. Tratado de Registros Públicos e Direito Notarial. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 114 e 119).

Em atenção aos próprios contornos normativos pertinentes ao sobrenome/apelido de família, enquanto elemento do nome, o qual transcende o indivíduo, dirigindo-se, precipuamente, ao grupo familiar, a admissão de alterações/modificações deve estar pautada pelas hipóteses legais (adoção, casamento, divórcio), ou, excepcionalmente, em havendo justo motivo, preceituado no artigo 57 da Lei nº 6.015/73.

Tratando-se, portanto, de característica exterior de qualificação familiar, afasta-se a possibilidade de livre disposição, por um de seus integrantes, a fim de satisfazer interesse exclusivamente pessoal de modificação do patronímico.

Mister ressalvar, contudo, que, nesta hipótese, não se está a discutir a possibilidade de mera retificação de registro, com a correção de grafia, decorrente, por exemplo, de equívoco por ocasião de tradução de sobrenomes estrangeiros ou mesmo incorreção registrária. O objeto de análise concerne à própria alteração de grafia originária - correta, certa e definitiva - de apelido de família, requerida diante das particularidades de um dos integrantes do grupo familiar.

Estabelecidas os pressupostos teóricos que nortearão a orientação adotada na presente deliberação, procede-se ao exame do caso concreto.

Alteração de grafia de sobrenome a fim de a adequar à assinatura artística.

Consoante indicado no início do presente voto, a pretensão do autor da demanda, rechaçada pelas instâncias ordinárias, concerne à inclusão e, portanto, à duplicação da consoante "t", em seu apelido de família - Brito -, com o escopo de conciliar seu nome registral com aquele utilizado como nome artístico.

A motivação do pedido, a partir do que se dessume da exordial, encontra-se assim exposta: "considerando a necessidade da conciliação do nome civil com o nome artístico, levando-se em conta que todas as obras, produtos comercializados e demais atribuições relacionadas com a consecução das atividades do requerente levam o nome Romero Britto, resta mais do que justificada a pretensão para a efetivação da retificação junto ao cartório competente" (f. 2, e-STJ).

Em exame preliminar, não é possível subsumir a pretensão do recorrente ao artigo 56 da multicitada Lei de Registros Públicos, na medida em que deduzida em lapso temporal superior ao ano subsequente ao alcance da maioridade, pois o autor é nascido em 1963.

Desse modo, subsiste a análise acerca da possibilidade de alteração, à luz do igualmente aludido artigo 57 da Lei nº 6.015/73, o qual reclama a excepcionalidade e o justo motivo.

E, no particular, a conclusão é negativa.

Isso porque, conforme alhures indicado, nada obstante os contornos subjetivos do nome como atributo da personalidade e elemento fundamental de identificação do sujeito - seja no âmbito de

sua autopercepção ou no meio social em que se encontra inserido -, o apelido de família desempenha a precípua função de identificação de estirpe e não é passível de alteração pela vontade individual de um dos integrantes do grupo familiar.

Saliente-se, por oportuno, que os julgados desta Corte, mencionados no item antecedente, embora tenham avançado e, de modo extensivo, disposto acerca da possibilidade de supressão ou acréscimo de nomes de família, em casos diversos das hipóteses expressamente contempladas na legislação de regência (adoção, casamento, divórcio), referiram, implícita ou explicitamente, a necessidade de preservação de seus elementos, dentre os quais a própria ortografia.

Não se ignora as circunstâncias narradas pelo autor da demanda, no sentido de que, há lapso temporal considerável faz uso da grafia que ora pretende ver alterada em seu assento de nascimento. Aliás, as próprias instâncias ordinárias reconhecerem tal fato, conforme excertos abaixo destacados:

> O requerente pertence a família que possui um patronímico: Brito. **Passou a assinar todas as suas obras dobrando o t, de forma a constar como"Britto". Por essa razão, é conhecido como tal, valendo dizer que é artista plástico cuja obra é conhecida também além das fronteiras brasileiras.**
>
> Não há, na petição inicial, a explicação pela qual o autor passou rejeitar a grafia original do patronímico paterno. Poderia ser essa razão em si suficiente para aceitar-se a alteração.
>
> Por exemplo, até mesmo a completa supressão do patronímico é aceita por parte da jurisprudência no caso de abandono afetivo.
>
> No presente caso, a mudança está justificada somente no fato de ser o autorreconhecido como se efetivamente possuísse o t dobrado em seu sobrenome. (sentença, f. 34-36, e-STJ; grifou-se)
>
> O nome do requerente é Romero Francisco da Silva Brito e ele pretende alterar a grafia do patronímico de Brito para Britto, dobrando a consoante "t".
>
> Consta de seu registro civil que seus pais se chamam Rosimiro da Silva Brito e Maria de Lourdes Marques dos Santos.
>
> A inclusão da consoante "t" desnatura o patrinômico familiar, descaracterizando a linhagem. O patronímico pertence a todo o grupo familiar e é indisponível.
>
> A alteração somente é permitida em caráter excepcional quando não prejudicar os apelidos de família, conforme determina o artigo 56 da Lei de Registros Públicos.
>
> Assim, como o nome do autor está condizente com o de seus ancestrais, a retificação pleiteada não tem amparo legal e não poderia ser deferida, nem mesmo sob o argumento de tratar-se de nome artístico, pois nenhuma situação excepcional envolve a postulação.
>
> **A alegação de que é conhecido mundialmente com a grafia Britto não se apresenta como fundamentação relevante a permitir a retificação**. (acórdão, f. 70-75, e-STJ).

Todavia, referidas circunstâncias, relacionadas à distinção artística, ao fato de ser internacionalmente reconhecido na forma indicada na exordial, porque concebidas a partir de mera manifestação subjetiva do autor, que optou pela utilização da designação "Britto", com duplicação da consoante "t" em seu apelido de família, não devem implicar alteração/modificação no sobrenome, inserto no registro de nascimento do demandante.

Efetivamente, o patronímico/apelido de família, integrante do nome, a par do subjetivismo, da questão da autopercepção, consubstancia elemento essencial e cogente na composição do nome, razão pela qual, consoante reiteradamente mencionado ao longo deste voto, é digno de especial proteção legal e objeto de preservação.

Com efeito, tão-somente a conveniência pessoal, neste caso, justificada a partir da conciliação da assinatura artística com o nome registral, não se afigura motivo bastante à flexibilização da impositiva preservação do patronímico.

Necessário destacar que, nada obstante a motivação acima transcrita, indicada na exordial e reiterada nas razões do apelo extremo, no sentido de que, "nos autos não há, repita-se, uma independência, pois o nome (registral) do artista plástico está interligado à sua marca, quando da efetivação de sua arte e de suas gravuras e vem sendo utilizado por mais de 30 (trinta) anos, sem dolo e com notoriedade", não se infere, a partir da narrativa, situação restritiva ao desempenho artístico, decorrente do alegado descompasso entre o nome adotado para assinatura artística e aquele inserto no registro civil do autor da demanda.

Em realidade, não se observa o apontamento de nenhuma situação excepcional/extraordinária, consequente do alegado descompasso/divergência entre o nome civil e a assinatura artística, a exemplo de eventual impossibilidade de registro de obras, marca ou mesmo entraves negocias no que se refere à atividade artística desempenhada pelo autor; ressalte-se, aliás, que a referida discrepância deu-se em virtude de opção do próprio autor, ao eleger a assinatura de suas obras com a duplicação da consoante "t" em seu apelido de família.

A própria trajetória artística exitosa, de ao menos trinta anos, narrada pelo demandante, denota que a divergência decorrente de sua opção pela utilização da expressão "Britto" em detrimento da grafia original de seu sobrenome não lhe trouxe restrições ou prejuízos, tampouco implica vulneração à sua dignidade; o sobrenome originário, destaque-se, não consubstancia apelido vexatório ou lesivo a sua integridade moral (honra, identificação, etc).

A par de alegadamente singela a modificação pretendida – com a duplicação de apenas uma consoante -, essa, estreme de dúvidas, implicará discrepância entre o nome do autor e o grupo familiar o qual integra. Conforme pontuado no voto condutor do acórdão proferido às f. 70-75, e-STJ, "consta de seu registro civil que seus pais se chamam Rosimiro da Silva Brito e Maria de Lourdes Marques dos Santos. A inclusão da consoante "t" desnatura o patrinômico familiar, descaracterizando a linhagem. O patronímico pertence a todo o grupo familiar e é indisponível."

Embora argumente o recorrente que não haverá alteração fonética, de modo a inexistir prejuízo ao apelido de família, ressalta-se que a proteção ao sobrenome não se refere exclusivamente ao aspecto fonético, mas sobretudo aquele ortográfico, de modo a preservar o patronímico, identificador do grupo familiar.

Conclui-se, portanto, que a mudança no registro ora pretendida não observa os requisitos/pressupostos insertos na legislação de regência, pois não verificado, à míngua de efetiva comprovação, o motivo – excepcional e justificado -, além de consubstanciar prejuízo ao patronímico, ao implicar alteração de grafia.

Dispositivo.

Do exposto, vota-se no sentido de negar provimento ao recurso especial.

É como voto.

Voto vencido

O SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO - Sr. Presidente, cumprimento o eminente Relator, Ministro Marco Buzzi.

Eu assinaria integralmente seu voto, pois não divirjo absolutamente das judiciosas considerações nele estabelecidas. Porém, vejo a pretensão deduzida pelo recorrente, no caso, como coisa muito singela e sem aptidão para ofender qualquer daqueles princípios ou compreensões defendidas no voto do eminente Relator, que, repito, eu também firmaria, em tese.

No caso, o que pretende o recorrente é tão somente acrescer no nome Brito, que normalmente tem somente uma letra tê, um segundo "t", uma dobra no tê, para condizer com o nome artístico que o consagrou nas artes plásticas.

Para ele isso tem uma importância fundamental, ou não estaria recorrendo até o Superior Tribunal de Justiça, buscando essa tutela. Não vejo como isso possa prejudicar os apelidos de família, que continuam sendo Brito, família Brito, só que grafado com essa pequena diferença, que não conduz a nenhuma deturpação, a nenhum prejuízo maior para os apelidos de família, parece-me.

Vejo com toda boa vontade essa singela pretensão e a considero legítima e justa. O recorrente assina seu nome e está consagrado nas artes, até no plano transcendente do nacional, com essa dobra no nome. E isso não foge, rigorosamente, ao nome da família, pois não modifica praticamente nada, seja em relação aos irmãos, se os tiver, seja em relação aos pais.

Não acho que possamos, numa época em que se tem mitigado tanto esses princípios relacionados aos cuidados com os registros públicos nos nomes civis das pessoas, erguer uma barreira, uma dificuldade ou algo intransponível ao atendimento dessa singela pretensão deduzida perante o Judiciário.

Afinal de contas, é o nome que o recorrente gosta de portar, com os dois tês em Britto, e sem maior prejuízo a quem quer que seja. Penso que não temos uma motivação bastante, suficiente, na fundamentação adotada no voto do eminente Relator, que não é agredida pela singela pretensão do recorrente.

Muitos nomes comportam a pretendida dobra, pois alguns consideram até um tanto charmoso que, num ramo da família tenha a dobra, enquanto noutro, de primos por exemplo, já não tenha. É coisa, parece-me, que não chega a descaracterizar o apelido de família.

Peço vênia para fazer essas ponderações e dar provimento ao recurso do artista, o recorrente, pois vejo motivação suficiente e não vejo nenhum óbice legal ao atendimento da legítima pretensão, especialmente na forma como a Lei de Registro Público é compreendida atualmente.

Certidão

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Quarta Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Raul Araújo.

Votou vencido o Sr. Ministro Raul Araújo.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão (Presidente), Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Habeas corpus – Roubo – Condenação – Reconhecimento - Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP - Prova nula - Ordem concedida em menor extensão.

1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC nº 598.886/SC (Rel. Ministro Rogerio Schietti), realizado em 27.10.2020, conferiu nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que referido o artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos.

2. Em julgamento concluído no dia 23.2.2022, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao RHC nº 206.846/SP (Rel. Ministro Gilmar Mendes), para absolver um indivíduo preso em São Paulo depois de ser reconhecido por fotografia, tendo em vista a nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas para a condenação. Reportando-se ao decidido no julgamento do referido HC nº 598.886/SC, no STJ, foram fixadas pelo STF três teses: 2.1) O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa; 2.2) A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas; 2.3) A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos.

3. Posteriormente, em sessão ocorrida no dia 15.3.2022, a Sexta Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do HC nº 712.781/RJ (Rel. Ministro Rogerio Schietti), avançou em relação à compreensão anteriormente externada no HC nº 598.886/SC e decidiu, à unanimidade, que, mesmo se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal, embora seja válido, não tem força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica; se, porém, realizado em desacordo com o rito previsto no art. 226 do CPP, o ato é inválido e não pode ser usado nem mesmo de forma suplementar.

4. Na hipótese, cerca de doze dias depois do roubo imputado ao paciente nestes autos, ele foi preso por outra tentativa de roubo, com uma arma de fogo e na posse da motocicleta que havia sido subtraída da primeira vítima. Após a captura, os policiais tiraram uma fotografia do acusado preso no

camburão e enviaram à vítima do primeiro roubo para reconhecimento, em total desacordo com o que estabelece o art. 226 do CPP.

5. Conquanto não se possa, *in casu*, negar validade integral aos depoimentos colhidos nos autos, há de se negar validade à condenação baseada em elemento informativo colhido em absoluto desacordo com as regras probatórias. Sob tais condições, porque inobservado o procedimento descrito no art. 226 do CPP, o ato de reconhecimento do paciente deve ser declarado absolutamente nulo, o que torna imprestável, no caso concreto, a utilização dessa prova para fundamentar a condenação do réu, ainda que de forma suplementar. Não se trata, portanto, de mera diminuição da força probante do ato, mas sim de verdadeira nulidade.

6. A despeito de acolhida a tese de nulidade da prova produzida por meio do reconhecimento, tal circunstância não conduz à necessária e imediata absolvição do réu neste caso, porquanto é possível que haja outras provas, independentes e suficientes o bastante, por si sós, para formar o convencimento judicial sobre a autoria ou participação no crime que lhe foi imputado e, assim, manter a condenação. Essa análise caberá ao Juízo de primeiro grau, sob pena de esta Corte Superior de Justiça, se assim o fizer nesta oportunidade, incidir na indevida supressão de instância.

7. Ordem concedida em menor extensão para reconhecer a nulidade das provas obtidas em desfavor do paciente por meio de reconhecimento, haja vista que realizado em desacordo com o disposto no art. 226 do CPP, bem como de todas as provas dele derivadas. Por conseguinte, cassada a sentença condenatória, com a determinação de retorno dos autos ao Juízo de primeiro grau, para que, uma vez extirpada tal prova dos autos, reavalie se remanescem outros elementos probatórios, independentes e suficientes o bastante, para, por si sós, lastrear a condenação do réu, a qual não poderá levar em consideração o reconhecimento do acusado, nem mesmo de forma suplementar.

HABEAS CORPUS Nº 725.335 – SP. – Relator: MINISTRA LAURITA VAZ. – Relator p/ acórdão: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ.

Impetrante: R.L.M. – Advogado: R.L.M. – Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. – Paciente: M.S.S. – Interessado: Ministério Público do Estado de São Paulo.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, prosseguindo no julgamento após o voto-vista Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro denegando a ordem e do voto do Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF -1ª Região) concedendo-a, por maioria, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região). Vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz e o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília, 07 de junho de 2022. - *Ministro Rogerio Schietti Cruz*. – Relator p/ acórdão.

Relatório

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de M.S.S. contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal nº 0030682-31.2019.8.26.0564 (f. 4).

Consta nos autos que, em primeiro grau de jurisdição, o Paciente e o Corréu "D.R.L.S. foram condenados a cumprir pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa no valor unitário mínimo, pela prática do crime de roubo circunstanciado (artigo 157, § 2º, inciso II, e § 2°-A, inciso I, do Código Penal)" (f. 452).

A Corte local deu parcial provimento aos recursos de apelação interpostos pelos Sentenciados, tão somente para abrandar o regime carcerário inicial para o modo semiaberto. O ato ora impugnado foi assim ementado (f. 486):

> Apelação Criminal - Roubo circunstanciado. Conjunto acusatório suficiente para manter a condenação. Confissão espontânea. Declarações da vitima e depoimentos das testemunhas. Robusto acervo acusatório que autoriza a solução condenatória. Incidência da causa de aumento relativo ao emprego de arma de fogo. Possibilidade. Critério Subjetivo. Pena. Sem alteração. Modificação do regime prisional. Incidência da Súmula nº 440 do C. Superior Tribunal de Justiça. Parcial provimento aos apelos.

No presente *writ* alega-se, em suma, nulidades decorrentes de "vícios no reconhecimento fotográfico procedido pela vítima na Delegacia de Polícia e da ausência de reconhecimento pessoal do Paciente em Juízo quando da realização da audiência de instrução" (f. 6). Narra-se, no ponto, ser "patente a fragilidade probatória em que se lastreou a condenação do Paciente, pois foi amparada, única e exclusivamente, em seu reconhecimento fotográfico realizado em sede policial" (f. 7).

Requer-se, liminarmente e no mérito, a absolvição do Paciente.

Indeferi o pedido liminar às f. 556-557. Foram prestadas informações.

Parecer do Ministério Público Federal, às f. 603-614, pelo não conhecimento.

É o relatório.

Voto vencido

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA) - A pretensão defensiva não tem fundamento.

É certo que a Sexta Turma, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 598.886/SC, sedimentou o entendimento de que "[o] *reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado*

por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa" (Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, j. em 27.10.2020, *DJe* 18.12.2020, sem grifos no original).

Na espécie, todavia, a condenação do Agente não foi lastreada tão somente no reconhecimento efetuado pela Vítima, como passo a esclarecer.

Na sentença o Juiz de primeiro grau, ao reconhecer a autoria na hipótese, consignou o que se segue a respeito da autoria (f. 318-323; sem grifos no original):

> [...] Então, M. desembarcou da motocicleta e, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, anunciou o roubo e exigiu que a vítima entregasse seus bens. Ocorre que, por receio de ser preso, M. retornou à motocicleta guiada pelo comparsa D. e juntos, rapidamente, se evadiram do local, sem, contudo, levarem consigo os bens de propriedade de G.. A vítima, então, acionou a Policia Militar e relatou o ocorrido, indicando, para tanto, as características do veículo ocupado pelos denunciados. **Na posse das informações fornecidas pela vítima, os policiais iniciaram diligências pela região e conseguiram localizar D. na condução da motocicleta e M. na respectiva garupa. Realizada revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado em poder de D.. Todavia, em poder de M., os policiais localizaram um revólver da marca Taurus, calibre. 38, com numeração suprimida e municiada com 4 projéteis. Tal arma de fogo estava em poder de M. pelo menos desde o primeiro crime (roubo consumado) e permaneceu com ele até depois do segundo delito (roubo tentado), quando foi localizado e detido**. Efetuadas pesquisas de praxe, os policiais ainda constataram que a motocicleta ocupada pelos denunciados era objeto de roubo, consoante RDO nº 1644/19, lavrado perante o 3º Distrito Policial de São Caetano do Sul. **Dada voz de prisão em flagrante, os denunciados foram conduzidos à Delegacia de Polícia e a arma de fogo e projéteis foram apreendidos e encaminhados à perícia, cujos laudos serão oportunamente juntados aos autos.**
>
> [...].
>
> Embora o réu tenha negado a prática do delito, **foi reconhecido pela vítima na polícia e em juízo**. A despeito das formalidades não terem sido estritamente observadas, não entendo que isto inquine absolutamente o ato, porquanto **o réu foi encontrado com a motocicleta da vítima, fato por ele reconhecido, permitindo a vinculação entre sua pessoa e aquele delito**.
>
> **Diversamente do que pretende a defesa, a vítima é clara ao dizer que os autores estavam sem capacete**, permitindo reconhecer D. porque tinha os olhos muito expressivos, o que se confirma pelo seu interrogatório.

O Tribunal de origem, corroborou a autoria do Paciente nos seguintes termos (f. 89-93; sem grifos no original.):

> A vítima T.O.S., nas oportunidades em que se manifestou durante a persecução penal, não apresentou qualquer dúvida no que refere ao reconhecimento dos acusados corno os responsáveis pelo assalto que sofreu. Esclareceu que visualizou os dois réus na via pública, oportu-

nidade em que eles de aproximaram. Quem anunciou o assalto foi o acusado D., lhe exibido arma de fogo para ameaçá-la com gravidade. Na sequência, ambos se evadiram juntos na condução da motocicleta subtraída. **Não teve dúvida para identificá-los, alguns dias depois do fato, porque nenhum deles utilizava qualquer acessório para encobrir o rosto durante os atos executórios.**

Destacou ainda que realizou o reconhecimento dos acusados, por meio fotográfico num primeiro momento, os reconhecendo sem qualquer dúvida, e, depois, confirmou este reconhecimento em juízo, o que garantiu alto grau de credibilidade ao assinalado meio de prova.

A despeito dos argumentos defensivos, objetivando relativizar o discurso da vítima, nada sinaliza que ela tenha incorrido em equívoco de percepção no momento em que visualizou o acusado e o apontou como o indivíduo que a assaltou, reforçando o discurso acusatório.

[...].

T.O.S. relatou que ia trabalhar, eles estavam na esquina. Eu ia atravessar valeta, tive de desacelerar, eles entraram na frente, achei que fossem passar, mas me abordaram com arma. Foram tirando meus objetos e deixando o local. Apenas um deles estava armado. Fiquei preocupada com meus remédios de asma. Chamei meu marido e fomos fazer o boletim de ocorrência. Quando acharam a moto, vi a foto dos meninos e reconheci quem estava com a arma. Vizinhos mostraram fotos de minha moto, sem baú, eu a reconheci, bem como dois rapazes. Logo depois me ligaram da delegacia, quando os reconheci. Reconheci as duas pessoas. Tive certeza no reconhecimento. Reconheço D. como a pessoa que estava com a arma. Recuperei apenas a moto, sem placa, sem baú, cerca de quinze dias depois. A foto que foi divulgada era de uma foto dele dentro do camburão. Na delegacia, só me apresentaram foto dos mesmos meninos. Hoje reconheço que era a mesma pessoa da foto e que me abordou. O olho dele é bem expressivo. Não esqueci. Eles estavam a pé, saíram os dois com a minha moto, sem capacete. O réu veio mais de frente e segurava a arma com a mão na cintura. O outro deu a volta e já foi tirando minha mochila. O que me chamava a atenção era o olho do réu, ser moreno, jovem. Não apresentei detalhes mais específicos. Não fiz reconhecimento pessoal.

[...].

Não obstante, reforçando ainda mais o pleito acusatório para delimitar a autoria, tem-se o conhecido fato de que **os acusados foram presos em flagrante enquanto estavam na posse da motocicleta subtraída da vítima, em circunstâncias indicativas de quem iriam agir de maneira semelhante daquela descrita na denúncia contra outra pessoa, consoante informaram em contraditório os policiais V. e E.**.

Ressaltada essa conjuntura, convém reproduzir, sobre as regras dispostas no art. 226 do Código de Processo Penal, o seguinte trecho do acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento, em 27.10.2020, do HC nº 598.886/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz (sem grifos no original):

VIII. Os requisitos mínimos para a validade do reconhecimento de pessoa.

O reconhecimento de pessoas é, como já destacado, meio de prova disciplinado no art. 226 do Código de Processo Penal.

O dispositivo em apreço estabelece um procedimento e requisitos mínimos para que essa importante fonte de informações possa ter valor probatório, mesmo que produzida na fase inquisitorial, sem, portanto, o contraditório judicial e quase sempre sem o acompanhamento de um advogado ou mesmo do representante do Ministério Público.

Eis por que não se poderia transigir com a inobservância do procedimento probatório, indispensável para que esse meio de prova produza seus efeitos no futuro convencimento judicial acerca da autoria delitiva.

Mais ainda se revela frágil e perigosa a prova decorrente do reconhecimento pessoal quando se realiza por exibição ao reconhecedor de fotografia do suspeito, quase sempre escolhida previamente pela autoridade policial, quer por registros já existentes na unidade policial, quer por imagens obtidas pela internet ou em redes sociais. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no CPP para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito comprometem a idoneidade e a confiabilidade do ato.

Diferente seria a situação de uma prova de reconhecimento derivada de filmagens de um crime por câmeras de segurança ou de um aparelho celular, das quais se permitiria, sem margem a dúvidas, identificar a pessoa filmada durante a ação delitiva, sempre, evidentemente, com o apoio de outras provas, ainda que circunstanciais. Em tais casos, não se trataria de ato de reconhecimento formal, mas de prova documental inserida nos autos, a merecer avaliação criteriosa do julgador.

[...].

[...] proponho sejamos capazes de rever essa interpretação, mercê da qual se convalida, de algum modo, o reconhecimento – tanto pessoal quanto fotográfico – feito em desacordo com o modelo legal, ainda que sem valor probante pleno, e que pode estar dando lastro a condenações temerárias. Em verdade, o entendimento que se tem sufragado é o de que, havendo alguma prova que 'dê validade' ao reconhecimento irregularmente produzido na fase inquisitorial, este meio de prova acaba por compor o conjunto de provas a ser avaliada pelo juiz ao sentenciar.

O problema de tal interpretação é que, não sendo raro a vítima confirmarem juízo um reconhecimento irregular, esse meio de prova assume importância ímpar no destino do acusado, porque 'amparado' por mera ratificação em juízo de algo que foge dos mínimos standards ou padrões epistemológicos para ser válido.

[...].

> Na espécie, conforme já salientado anteriormente, o reconhecimento fotográfico – já por si de confiabilidade duvidosa – não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no art. 226 do CPP. **Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida; não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a polícia uma foto de um suspeito que já cometeu outros crimes, mas que nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado. Chega a ser temerário o procedimento policial adotado neste caso, ao se escolher, sem nenhuma explicação ou indício anterior, quem se desejava que fosse identificado pelas vítimas.** (*DJe* 18.12.2020.)

A espécie, todavia, diferencia-se da situação que ocasionou a concessão da ordem no julgamento do *leading case* acima referido. Embora a Defesa alegue que a condenação está lastreada exclusivamente no reconhecimento fotográfico realizado em Delegacia e ratificado de forma viciada durante a oitiva da Ofendida em juízo, o Paciente e o Corréu foram presos em flagrante durante a prática de outra conduta, com uso da res furtiva de propriedade da Vítima, ocasião em que o Paciente estava na garupa da moto e armado.

É certo que somente após a prisão dos Agentes (detidos por crime diverso), ocorrida cerca de 15 dias depois da infração ora em análise, foi mostrada a fotografia dos Corréus à Ofendida na sede policial. Contudo, essa exibição ocorreu porque, reitere-se, foram flagrados quando praticavam novo delito, que operacionalizaram com a moto objeto do crime anterior, roubada da Vítima – ou seja, há relação entre as duas condutas apuradas. Em outras palavras, no caso não ocorreu a apresentação fortuita das fotografias dos Condenados, de forma dissociada dos dois delitos.

Concluo, assim, que no caso a condenação foi lastreada, concretamente, em fonte material de prova submetida ao contraditório na fase judicial e independente do reconhecimento fotográfico (no qual, a propósito, a Vítima aduziu ter certeza sobre a identidade dos Corréus, detalhando, sobretudo, que estavam sem capacete e que olhou diretamente para eles). Diante desse quadro, a alegada nulidade do feito, por suposta inobservância do disposto no art. 226 do Código de Processo Penal, não infirma o contexto probatório que fundamentou a autoria delitiva no caso.

A propósito, cito os seguintes precedentes, mutatis mutandis:

> Penal. Processo penal. Agravo regimental no habeas corpus. Roubo majorado. Reconhecimento fotográfico realizados em sede policial. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. Invalidade da prova. Mudança de entendimento jurisprudencial sobre o tema. Autoria estabelecida com base em outros elementos probatórios. Reexame do conjunto probatório. Impossibilidade na via eleita. Não enfrentamento de todos os fundamentos da decisão agravada. Enunciado sumular n. 182/STJ. - Esta Corte Superior inicialmente entendia que, conquanto fosse aconselhável a utilização, por analogia, das regras previstas no art. 226 do Código de Processo Penal no reconhecimento fotográfico, as disposições nele previstas eram meras recomendações, cuja inobservância não causava, por si só, a invalidade do ato. - Em julgados recentes, entretanto, a utilização do reconhecimento fotográfico na delegacia, sem atendimento dos requisitos legais, passou a ser mitigada como única prova à denúncia ou

condenação. - **Todavia, este não é o caso dos presentes autos, porquanto consta do caderno processual que o reconhecimento do paciente foi confirmado também em juízo, pela vítima, de forma precisa e sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Destarte, afere-se que, de fato, existe um efetivo caderno probatório, apto a confirmar a autoria e materialidade do delito e a fundamentar a condenação, que não se resume a meros indícios não submetidos ao crivo do contraditório.** [...] - Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC 682.643/SP, Rel. Ministro Jesuíno Rissato – Desembargador convocado do TJDFT –, Quinta Turma, j. em 21.09.2021, *DJe* 30.09.2021, sem grifos no original.)

Penal. Agravo regimental em habeas corpus. Roubo circunstanciado. Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Pleito de absolvição. Reconhecimento fotográfico. Procedimento previsto no art. 226 do CPP. Inobservância. Mudança de entendimento jurisprudencial. Invalidade da prova. Autoria estabelecida com base em outros elementos probatórios. Absolvição inviável. Agravo regimental desprovido. [...] - Esta Corte Superior inicialmente entendia que 'a validade do reconhecimento do autor de infração não está obrigatoriamente vinculada à regra contida no art. 226 do Código de Processo Penal, porquanto tal dispositivo veicula meras recomendações à realização do procedimento, mormente na hipótese em que a condenação se amparou em outras provas colhidas sob o crivo do contraditório'. - Em julgados recentes, ambas as Turmas que compõe a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça alinharam a compreensão de que 'o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.' - **Dos elementos probatórios que instruem o feito, verifica-se que a autoria delitiva do crime de roubo não tem como único elemento de prova o reconhecimento fotográfico, o que gera distinguishing em relação ao acórdão paradigma da alteração jurisprudencial. Hipótese na qual a autoria delitiva foi estabelecida não só no reconhecimento fotográfico, o qual foi feito pela vítima no local onde o veículo foi encontrado, na delegacia, e, ainda, ratificado em Juízo, mas também em razão de o veículo subtraído ter sido localizado, já com as placas trocadas, estacionado em frente à residência do paciente, o que restou comprovado pela presença de documentos pessoais e correspondências em seu nome indicando aquele endereço, bem como nos depoimentos do policial que encontrou o automóvel e de outra testemunha, vizinho do réu**. - Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC 631.240/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 14.09.2021, DJe 20.09.2021, grifei.)

"*Habeas corpus*. Roubo majorado. Reconhecimento pessoal realizado na fase do inquérito policial. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. Existência de outras provas válidas e independentes como fundamento para a condenação. Ordem denegada. - A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC nº 598.886/SC, realizado em 27.10.2020, propôs nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar

o entendimento, até então vigente, de que o disposto no referido artigo constituiria 'mera recomendação' e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: - O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; - À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; - Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; - O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo. - **Na espécie, ao contrário do que ocorreu no caso analisado no HC n. 598.886/SC (paradigma), não foi apenas o reconhecimento pessoal realizado pela vítima que embasou a condenação do paciente pela prática do crime de roubo; ao contrário, o édito condenatório foi lastreado também nos depoimentos dos policiais realizados na fase policial e confirmados em juízo – submetidos, portanto, ao crivo do contraditório e da ampla defesa. - As demais provas que compuseram o acervo fático-probatório amealhado aos autos – depoimento dos dois policiais militares – foram produzidas por fonte independente da que culminou com o elemento informativo obtido por meio do reconhecimento pessoal realizado na fase inquisitiva, de maneira que, ainda que o reconhecimento haja sido feito em desacordo com o modelo legal e, assim, não possua valor probante pleno, certo é que houve outras provas, independentes e suficientes o bastante, para lastrear o decreto condenatório.** [...] - Ordem denegada. (STJ, HC 668.385/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 24.08.2021, *DJe* 30.08.2021, sem grifos no original.)

Em conclusão, o juízo condenatório das instâncias ordinárias, fundado em outro elemento anterior, independente e diverso do mero reconhecimento fotográfico, está em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do que fora consagrado no julgamento do HC n. 598.886/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Sexta Turma, j. em 27.10.2020, *DJe* 18.12.2020).

Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. É como voto.

Ementa do voto vencido: *Habeas corpus*. Processual penal. Roubo majorado. Alegada violação da regra do art. 226 do código de processo penal. Condenação lastreada não apenas em reconhecimento fotográfico, mas em fonte material de prova independente e diversa, submetida ao contraditório na fase judicial. Ressalvas referidas em leading case da sexta turma do Superior Tribunal

de Justiça (HC 598.886/SC, rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz). Condenação que não pode ser afastada. Ordem de habeas corpus denegada. - "A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC, realizado em 27.10.2020, propôs nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que o disposto no referido artigo constituiria 'mera recomendação' e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: - O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; - À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; - Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; - O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo" (STJ, HC 668.385/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 24.08.2021, DJe 30.08.2021, sem grifos no original). - A espécie, todavia, diferencia-se da situação que ocasionou a concessão da ordem no julgamento do *leading case* acima referido. Embora a Defesa alegue que a condenação está lastreada exclusivamente no reconhecimento fotográfico realizado em Delegacia e ratificado de forma viciada durante a oitiva da Ofendida em juízo, o Paciente e o Corréu foram presos em flagrante durante a prática de outra conduta, com uso da res furtiva de propriedade da Vítima, ocasião em que o Paciente estava na garupa da moto e armado. É certo que somente após a abordagem dos Agentes, ocorrida cerca de 15 dias depois do crime ora em análise, foi mostrada a fotografia dos Corréus à Ofendida na sede policial. Contudo, essa exibição ocorreu porque foram flagrados quando praticavam novo delito, que operacionalizaram com a moto objeto do crime anterior, roubada da Vítima – ou seja, há relação entre as duas condutas apuradas. Em outras palavras, no caso não ocorreu a apresentação fortuita das fotografias dos Condenados, de forma dissociada dos dois delitos. - Hipótese na qual a condenação foi lastreada, concretamente, em fonte material de prova submetida ao contraditório na fase judicial e independente do reconhecimento fotográfico (no qual, a propósito, a Vítima aduziu ter certeza sobre a identidade dos Corréus, detalhando, sobretudo, que estavam sem capacete e que olhou diretamente para eles). Diante desse quadro, a alegada nulidade do feito, por suposta inobservância do disposto no art. 226 do Código de Processo Penal, não infirma o contexto probatório que fundamentou a autoria delitiva no caso. Ordem de habeas corpus denegada.

Voto

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ - Razões da impetração.

M.S.S. alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal nº 0030682-31.2019.8.26.0564.

Consta nos autos que, em primeiro grau de jurisdição, o paciente foi condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, II, e § 2º-A, I, do CP).

A defesa aduz, em síntese, a existência de nulidades decorrentes de "vícios no reconhecimento fotográfico procedido pela vítima na Delegacia de Polícia e da ausência de reconhecimento pessoal do Paciente em Juízo quando da realização da audiência de instrução" (f. 6).

Afirma, nesse sentido, ser "patente a fragilidade probatória em que se lastreou a condenação do Paciente, pois foi amparada, única e exclusivamente, em seu reconhecimento fotográfico realizado em sede policial" (f. 7).

Indeferida a liminar (f. 556-557) e prestadas informações, o Ministério Público Federal opinou, às fls. 603-614, pelo não conhecimento do writ.

Levado o feito a julgamento, em sessão ocorrida no dia 29.3.2022, a relatora, Ministra Laurita Vaz, votou pela denegação da ordem, com os seguintes argumentos, no que interessa (grifos no original):

> Embora a Defesa alegue que a condenação está lastreada exclusivamente no reconhecimento fotográfico realizado em Delegacia e ratificado de forma viciada durante a oitiva da Ofendida em juízo, o Paciente e o Corréu foram presos em flagrante durante a prática de outra conduta, com uso da res furtiva de propriedade da Vítima, ocasião em que o Paciente estava na garupa da moto e armado.
>
> É certo que somente após **a prisão dos Agentes** (detidos por crime diverso), ocorrida cerca de 15 dias depois da infração ora em análise, foi mostrada a fotografia dos Corréus à Ofendida na sede policial. Contudo, essa exibição ocorreu porque, reitere-se, foram flagrados quando praticavam novo delito, que operacionalizaram com a moto objeto do crime anterior, roubada da Vítima – **ou seja, há relação entre as duas condutas apuradas**. Em outras palavras, no caso não ocorreu a apresentação fortuita das fotografias dos Condenados, de forma dissociada dos dois delitos.
>
> Concluo, assim, que no caso a condenação foi lastreada, concretamente, em fonte material de prova submetida ao contraditório na fase judicial e independente do reconhecimento fotográfico (no qual, a propósito, a Vítima aduziu ter certeza sobre a identidade dos Corréus, detalhando, sobretudo, que estavam sem capacete e que olhou diretamente para eles). Diante desse quadro, a alegada nulidade do feito, por suposta inobservância do disposto no art. 226

> do Código de Processo Penal, não infirma o contexto probatório que fundamentou a autoria delitiva no caso.

Naquela ocasião, abri divergência para pontuar que o reconhecimento realizado em desacordo com o procedimento legal é inválido e não pode ser considerado nem mesmo de forma suplementar, razão pela qual deve ser extirpado dos autos, conforme passo a expor.

Contextualização.

Informaram os autos que, em primeiro grau de jurisdição, o paciente foi condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, II, e § 2°-A, I, do CP).

Na sentença, o Juiz de direito assim fundamentou a condenação do acusado (f. 322-323, grifei):

> Entendo demonstrado apenas o crime ocorrido em São Caetano. Embora o réu tenha negado a prática do delito, foi reconhecido pela vítima na polícia e em juízo. A despeito das formalidades não terem sido estritamente observadas, não entendo que isto inquine absolutamente o ato, porquanto o réu foi encontrado com a motocicleta da vítima, fato por ele reconhecido, permitindo a vinculação entre sua pessoa e aquele delito.
>
> Diversamente do que pretende a defesa, a vítima é clara ao dizer que os autores estavam sem capacete, permitindo reconhecer Denis porque tinha os olhos muito expressivos, o que se confirma pelo seu interrogatório. Ademais, sua alegação de que o crime foi cometido por terceiro não veio acompanhada de qualquer comprovação. Se houvesse o réu indicado o nome completo do suposto autor daquele delito, teria sido possível a obtenção de sua fotografia e o confronto da vítima. Não o fez.
>
> Assim, entendo que a vinculação do encontro do objeto consigo com o reconhecimento pela vítima, ainda que com falhas procedimentais, garante segurança suficiente para efeito de condenação.
>
> **A jurisprudência tem relativizado a observância das formalidades relativas ao reconhecimento, de modo que não contaminam a prova**, como pretende a defesa dos réus.

A Corte estadual, por sua vez, ao manter a condenação, trouxe como argumentos (f. 454-455, destaquei):

> A vítima T.O.S., nas oportunidades em que se manifestou durante a persecução penal, não apresentou qualquer dúvida no que refere ao reconhecimento dos acusados corno os responsáveis pelo assalto que sofreu. Esclareceu que visualizou os dois réus na via pública, oportunidade em que eles se aproximaram. Quem anunciou o assalto foi o acusado D., lhe exibido arma de fogo para ameaçá-la com gravidade. Na sequência, ambos se evadiram juntos na condução da motocicleta subtraída. Não teve dúvida para identificá-los, alguns dias depois do

fato, porque nenhum deles utilizava qualquer acessório para encobrir o rosto durante os atos executórios. Destacou ainda que realizou o reconhecimento dos acusados, por meio fotográfico num primeiro momento, os reconhecendo sem qualquer dúvida, e, depois, confirmou este reconhecimento em juízo, o que garantiu alto grau de credibilidade ao assinalado meio de prova. A despeito dos argumentos defensivos, objetivando relativizar o discurso da vítima, nada sinaliza que ela tenha incorrido em equívoco de percepção no momento em que visualizou o acusado e o apontou como o indivíduo que a assaltou, reforçando o discurso acusatório.

Mesmo a inobservância do disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal, não desnatura o ato de reconhecimento em si se a vítima se mostra segura e firme quanto à identificação visual dos réus, caso destes autos.

Não obstante, reforçando ainda mais o pleito acusatório para delimitar a autoria, tem-se o conhecido fato de que os acusados foram presos em flagrante enquanto estavam na posse da motocicleta subtraída da vítima, em circunstâncias indicativas de quem iriam agir de maneira semelhante daquela descrita na denúncia contra outra pessoa, consoante informaram em contraditório os policiais V. e E.. Por fim, nenhum dos acusados conseguiu apresentar escusa satisfatória para afastar de si a pretensão punitiva. O acusado D., revel, sequer apresentou qualquer versão exculpatória.

Delimitação da controvérsia.

O cerne da controvérsia cinge-se a saber se o ato de reconhecimento realizado em desacordo com o procedimento legal pode servir para corroborar o acervo de provas em desfavor do acusado.

O reconhecimento de pessoas como meio probatório.

O Código de Processo Penal dedica três sucintos artigos ao ato do reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226, 227 e 228). Em relação ao reconhecimento de pessoas, o art. 226 estabelece que o ato deverá ocorrer da seguinte forma: a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever o indivíduo que deva ser reconhecido (art. 226, I); a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la (art. 226, II); se houver razão para recear que a pessoa chamada para realizar o ato, por intimidação ou outra influência, não diga a verdade diante da pessoa a ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela (art. 226, III); do ato de reconhecimento lavrar-se-á termo pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais (art. 226, IV).

Guilherme de Souza Nucci conceitua o reconhecimento de pessoas como "o ato pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa" (Manual de Processo Penal e Execução Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 436). Segundo o autor, a expressão "se possível", constante do inciso II do art. 226, refere-se ao requisito de serem colocadas

pessoas que portem similitude com a que deva ser reconhecida, e não com a exigência da disposição de várias pessoas, umas ao lado das outras.

O reconhecimento busca, em última análise, indicar com precisão a pessoa em relação a quem se tem uma suspeita de ser a autora do crime sob investigação.

Em relação às exigências feitas pelo Código de Processo Penal, pondera Aury Lopes Júnior que esses cuidados não são formalidades inúteis; ao contrário, "constituem condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país" (Direito processual penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 490).

Nesse contexto, adverte o referido autor:

> Trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que – em matéria processual penal – **forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais**. Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer 'reconhecimentos informais', admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado (op. cit., 2017, p. 488, grifei).

O avanço da jurisprudência em relação ao valor probatório do reconhecimento de pessoas.

Esta Corte Superior entendia, até recentemente, que o reconhecimento fotográfico (como também o presencial) realizado na fase do inquérito policial seria apto para fixar a autoria delitiva mesmo quando não observadas as formalidades legais.

Rompendo com a anterior posição jurisprudencial, a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC nº 598.886/SC (Rel. Ministro Rogerio Schietti), realizado em 27.10.2020, conferiu nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento anterior, de que referido artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos.

Nesse julgado, a Turma decidiu, inter alia, que, à vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na mencionada norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o ato em juízo. Vale dizer, entendeu-se, na oportunidade, que o procedimento previsto no art. 226 do CPP "não configura mera recomendação do legislador, mas rito de observância necessária, sob pena de invalidade do ato".

Reconheceu-se ali a necessidade de se determinar a invalidade de qualquer reconhecimento formal – pessoal ou fotográfico – que não siga estritamente o que determina o art. 226 do CPP, sob pena de continuar-se a gerar instabilidade e insegurança em sentenças judiciais que, sob o pretexto de que outras provas produzidas em apoio a tal ato – todas, porém, derivadas de um reconhecimento desconforme ao modelo normativo – autorizariam a condenação, potencializando, assim, o concreto risco de graves erros judiciários.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a temática também tem se repetido. Exemplificativamente, menciono o HC nº 172.606/SP (*DJe* 5.8.2019), de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, em que, monocraticamente, se absolveu o réu, em razão de a condenação haver sido lastreada apenas no reconhecimento fotográfico realizado na fase policial.

Ainda, há de se destacar que, em julgamento concluído no dia 23.2.2022, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao RHC n. 206.846/SP (Rel. Ministro Gilmar Mendes), para absolver um indivíduo preso em São Paulo depois de ser reconhecido por fotografia, tendo em vista a nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas para a condenação.

Na ocasião, afirmou o Ministro relator que, "como regra geral, o reconhecimento pessoal há de seguir as diretrizes determinadas pelo Código de Processo Penal, de modo que a irregularidade deve ocasionar a nulidade do elemento produzido, tornando-se imprestável para justificar eventual sentença condenatória em razão de sua fragilidade cognitiva" (p. 8). Citou, ainda, precedentes do STF que absolveram réus condenados exclusivamente com base no reconhecimento fotográfico (HCs nº 172.606 e 157.007; RHC nº 176.025).

Reportando-se ao decidido no julgamento do referido HC n. 598.886/SC, no STJ, foram fixadas pelo STF, ainda, três teses:

> 1) O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa.
>
> 2) A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas.
>
> 3) A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos.
>
> O relator foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin e Nunes Marques. Divergiram os Ministros Ricardo Lewandowski e André Mendonça, por entenderem que, no caso concreto, as vítimas reconheceram o réu não apenas pelo WhatsApp, mas também na delegacia e, novamente, em juízo. Não obstante isso, acompanharam integralmente as teses propostas.
>
> Posteriormente, em sessão ocorrida no dia 15/3/2022, esta colenda Sexta Turma, por ocasião do julgamento do HC nº 712.781/RJ (Rel. Ministro Rogerio Schietti), avançou em relação à compreensão anteriormente externada no HC nº 598.886/SC e decidiu, à unanimidade, que,

mesmo se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal, embora seja válido, não tem força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica; se, porém, realizado em desacordo com o rito previsto no art. 226 do CPP, o ato é inválido e não pode ser usado nem mesmo de forma suplementar.

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho da ementa do referido julgado (destaquei):

3. **Se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal é válido, sem, todavia, força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica. Se, todavia, tal prova for produzida em desacordo com o disposto no art. 226 do CPP, deverá ser considerada inválida, o que implica a impossibilidade de seu uso para lastrear juízo de certeza da autoria do crime, mesmo que de forma suplementar**. Mais do que isso, inválido o reconhecimento, não poderá ele servir nem para lastrear outras decisões, ainda que de menor rigor quanto ao standard probatório exigido, tais como a decretação de prisão preventiva, o recebimento de denúncia e a pronúncia.

Tecidas essas considerações, passo ao exame do caso concreto posto em julgamento.

O caso dos autos – a invalidade do reconhecimento.

De início, observo que, na hipótese, não houve reconhecimento em juízo quanto ao paciente, que foi revel e não compareceu à audiência. Veja-se (f. 322): "M.S.S. mudou-se de endereço sem comunicar o juízo, sendo decretada sua revelia, de modo que não foi interrogado".

Somente o corréu D. compareceu e foi reconhecido em juízo.

Em relação ao paciente foi feito apenas reconhecimento por exibição de uma fotografia dele, preso no camburão. Confira-se trecho do depoimento da vítima (f. 320): "A foto que foi divulgada era de uma foto dele dentro do camburão. Na delegacia, só me apresentaram foto dos mesmos meninos".

Indiscutível, assim, o completo desrespeito ao procedimento legal previsto no art. 226, o que não é negado pelas instâncias ordinárias e nem pela eminente Ministra relatora.

A divergência se instala, portanto, somente no que concerne à possibilidade de consideração do reconhecimento feito sem observação dos requisitos legais, ainda que com menor valor probatório.

Faço lembrar, todavia, que, no julgamento do referido HC nº 712.781/RJ, firmou-se o entendimento de que a inobservância do art. 226 do CPP implica a invalidade da prova e, por consequência, o seu completo descarte dos autos, sem que se possa usá-la em absoluto, nem mesmo de forma suplementar, como o fizeram as instâncias ordinárias. Não se trata, portanto, de mera diminuição da força probante do ato, mas sim de verdadeira nulidade.

Colaciono novamente, para fins de clareza, o trecho da ementa relativo a essa tese: "[....] Se, todavia, tal prova for produzida em desacordo com o disposto no art. 226 do CPP, deverá ser considerada

inválida, o que implica a impossibilidade de seu uso para lastrear juízo de certeza da autoria do crime, mesmo que de forma suplementar".

Não ignoro, por certo, como destaquei oralmente na sessão de julgamento anterior, que há outros elementos relevantes que pesam contra o réu, em especial o fato de haver sido capturado, doze dias depois do primeiro fato, na posse da motocicleta roubada da vítima – a qual estava sem placa –, com uma arma de fogo de numeração raspada, em conjunto com o corréu e logo após tentativa de praticar outro roubo com modus operandi similar ao que se discute nestes autos.

O ponto dissonante, em meu sentir, é que, a despeito das grosseiras ilegalidades na realização do reconhecimento do paciente, ele foi considerado de forma suplementar na formação do convencimento das instâncias ordinárias e, ao que parece, também da eminente Ministra relatora.

Observo, nesse sentido, que, embora conste do voto da relatora que "a condenação foi lastreada, concretamente, em fonte material de prova submetida ao contraditório na fase judicial e independente do reconhecimento fotográfico", ela também pontuou que, nesse ato, "[...] a propósito, a Vítima aduziu ter certeza sobre a identidade dos Corréus, detalhando, sobretudo, que estavam sem capacete e que olhou diretamente para eles", a evidenciar havê-lo considerado em seu convencimento, ainda que de forma suplementar, o que, com a devida vênia, não me parece em total consonância com a recente decisão desta Turma no HC nº 712.781/RJ.

O que se deve avaliar, portanto, é se, descartado por completo o reconhecimento, ainda subsistem provas autônomas e suficientes, por si sós, para lastrear o decreto condenatório.

Proponho, por essa razão, que seja extirpado dos autos o reconhecimento feito em desacordo com o comando legal e determinado o retorno do feito ao Juízo singular para que profira nova sentença, sem que o leve em consideração, nem mesmo de forma suplementar.

Dispositivo.

À vista do exposto, divirjo parcialmente da eminente Ministra relatora, para conceder em parte a ordem, a fim de declarar a ilicitude do reconhecimento realizado em desfavor do paciente e determinar o retorno do feito ao Juízo singular para que, uma vez extirpada tal prova dos autos, seja proferida nova sentença, a qual não poderá levá-la em consideração, nem mesmo de forma suplementar.

Certidão

Certifico que a egrégia Sexta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Relatora denegando a ordem de habeas corpus, do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz concedendo-a, sendo acompanhado pelo Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, pediu vista o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Aguarda o Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF - 1ª Região).

Voto-vista

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de M.S.S. apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação nº 0030682-31.2019.8.26.0564).

Em suas razões, sustenta a defesa a nulidade da condenação, tendo em vista os vícios ocorridos durante o reconhecimento fotográfico procedido pela vítima na Delegacia de Polícia, bem como a ausência de reconhecimento pessoal do acusado durante a audiência de instrução. Diante dessas considerações, pede a defesa a absolvição do paciente.

A eminente Ministra relatora Laurita Vaz encaminhou o seu voto no sentido de denegar a ordem de habeas corpus.

Em seguida, o Ministro Rogerio Schietti Cruz votou pela concessão da ordem, sendo acompanhado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior.

Nesse tear, pedi vista dos autos para melhor analisar os argumentos contidos na inicial.

Pois bem.

A Sexta Turma desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do HC nº 598.886/SC, realizado em 27.10.2020, propôs nova interpretação ao art. 226 do Código de Processo Penal, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que o disposto no mencionado dispositivo legal constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova no caso de eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos.

Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: 1.1) o reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de crime; 1.2) à vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 1.3) pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 1.4) o reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

No caso que ora se encontra sob nossos cuidados, o sentenciante reconheceu a autoria do crime patrimonial diante dos seguintes fundamentos (e-STJ f. 318/323):

[...] Então, M. desembarcou da motocicleta e, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, anunciou o roubo e exigiu que a vítima entregasse seus bens. Ocorre que, por receio de ser preso, M. retornou à motocicleta guiada pelo comparsa D. e juntos, rapidamente, se evadiram do local, sem, contudo, levarem consigo os bens de propriedade de G.. A vítima, então, acionou a Polícia Militar e relatou o ocorrido, indicando, para tanto, as características do veículo ocupado pelos denunciados. **Na posse das informações fornecidas pela vítima, os policiais iniciaram diligências pela região e conseguiram localizar D. na condução da motocicleta e M. na respectiva garupa. Realizada revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado em poder de D.. Todavia, em poder de M., os policiais localizaram um revólver da marca Taurus, calibre. 38, com numeração suprimida e municiada com 4 projéteis. Tal arma de fogo estava em poder de M. pelo menos desde o primeiro crime (roubo consumado) e permaneceu com ele até depois do segundo delito (roubo tentado), quando foi localizado e detido**. Efetuadas pesquisas de praxe, os policiais ainda constataram que a motocicleta ocupada pelos denunciados era objeto de roubo, consoante RDO nº 1644/19, lavrado perante o 3º Distrito Policial de São Caetano do Sul. Dada voz de prisão em flagrante, os denunciados foram conduzidos à Delegacia de Polícia e a arma de fogo e projéteis foram apreendidos e encaminhados à perícia, cujos laudos serão oportunamente juntados aos autos.

[...]

Embora o réu tenha negado a prática do delito, **foi reconhecido pela vítima na polícia e em juízo**. A despeito das formalidades não terem sido estritamente observadas, não entendo que isto inquine absolutamente o ato, porquanto **o réu foi encontrado com a motocicleta da vítima, fato por ele reconhecido, permitindo a vinculação entre sua pessoa e aquele delito**. Diversamente do que pretende a defesa, **a vítima é clara ao dizer que os autores estavam sem capacete**, permitindo reconhecer D. porque tinha os olhos muito expressivos, o que se confirma pelo seu interrogatório. (Grifei.)

Acerca da matéria, a sentença condenatória esclareceu (e-STJ f. 565):

T.O.S. relatou que ia trabalhar, eles estavam na esquina. Eu ia atravessar valeta, tive de desacelerar, eles entraram na frente, achei que fossem passar, mas me abordaram com arma. Foram tirando meus objetos e deixando o local. Apenas um deles estava armado. Fiquei preocupada com meus remédios de asma. Chamei meu marido e fomos fazer o boletim de ocorrência. Quando acharam a moto, vi a foto dos meninos e reconheci quem estava com a arma. Vizinhos mostraram fotos de minha moto, sem baú, eu a reconheci, bem como dois rapazes. Logo depois me ligaram da delegacia, quando os reconheci. Reconheci as duas pessoas. Tive certeza no reconhecimento. Reconheço D. como a pessoa que estava com a arma. Recuperei apenas a moto, sem placa, sem baú, cerca de quinze dias depois. A foto que foi divulgada era de uma foto dele dentro do camburão. Na delegacia, só me apresentaram foto dos mesmos meninos. Hoje reconheço que era a mesma pessoa da foto e que me abordou. O olho dele é bem expressivo. Não esqueci. Eles estavam a pé, saíram os dois com a minha moto, sem capacete. O

> réu veio mais de frente e segurava a arma com a mão na cintura. O outro deu a volta e já foi tirando minha mochila. O que me chamava a atenção era o olho do réu, ser moreno, jovem. Não apresentei detalhes mais específicos. Não fiz reconhecimento pessoal.

Sobre o tema, assim se manifestou o Tribunal de Justiça (e-STJ f. 454):

> A vítima T.O.S., nas oportunidades em que se manifestou durante a persecução penal, não apresentou qualquer dúvida no que refere ao reconhecimento dos acusados corno os responsáveis pelo assalto que sofreu. Esclareceu que visualizou os dois réus na via pública, oportunidade em que eles se aproximaram. Quem anunciou o assalto foi o acusado D., lhe exibido arma de fogo para ameaçá-la com gravidade. Na sequência, ambos se evadiram juntos na condução da motocicleta subtraída. **Não teve dúvida para identificá-los, alguns dias depois do fato, porque nenhum deles utilizava qualquer acessório para encobrir o rosto durante os atos executórios. Destacou ainda que realizou o reconhecimento dos acusados, por meio fotográfico num primeiro momento, os reconhecendo sem qualquer dúvida, e, depois, confirmou este reconhecimento em juízo, o que garantiu alto grau de credibilidade ao assinalado meio de prova.** A despeito dos argumentos defensivos, objetivando relativizar o discurso da vítima, nada sinaliza que ela tenha incorrido em equívoco de percepção no momento em que visualizou o acusado e o apontou como o indivíduo que a assaltou, reforçando o discurso acusatório.
>
> [...]
>
> Não obstante, reforçando ainda mais o pleito acusatório para delimitar a autoria, tem-se o conhecido fato de que **os acusados foram presos em flagrante enquanto estavam na posse da motocicleta subtraída da vítima, em circunstâncias indicativas de quem iriam agir de maneira semelhante daquela descrita na denúncia contra outra pessoa, consoante informaram em contraditório os policiais V. e E..** (Grifei.)

À vista dos fundamentos apresentados pelas instâncias de origem e dos vetores interpretativos acima estabelecidos, não vejo como me dissociar da compreensão externada pela eminente Ministra relatora em seu preciso voto.

Reparem: no caso, não foi apenas o reconhecimento fotográfico que embasou a condenação do paciente. Como se depreende dos trechos acima transcritos, o paciente e o corréu foram presos em flagrante durante a prática de outro crime patrimonial. Na ocasião, estavam na posse da moto subtraída da vítima. Desse modo, embora somente após a prisão dos acusados por crime diverso tenha sido apresentada a fotografia dos réus à ofendida, essa exibição ocorreu tendo em vista a relação entre as condutas. Noutro falar, a apresentação das fotografias à vítima se deu considerando a relação entre os delitos, pois, para a prática do segundo crime patrimonial, foi empregada a moto objeto do primeiro crime.

Diante desse cenário, entendo que o édito condenatório foi lastreado em fonte de prova independente do reconhecimento fotográfico – no qual, cumpre consignar, afirmou a ofendida sua certeza

acerca da identidade dos réus, assinalando que estavam sem capacete no momento da conduta e que olhou diretamente para eles. Sendo assim, ainda que o reconhecimento tenha sido feito em desacordo com o disposto no art. 226 do Código de Processo Penal, as demais provas constantes dos autos me parecem suficientes a lastrear o édito condenatório. Em conclusão, o meu entendimento é o de que a condenação do paciente, justificada em fonte anterior e diversa do mero reconhecimento fotográfico, encontra-se em harmonia com a orientação firmada por esta Casa no julgamento do HC n. 598.886/SC.

Diante dessas considerações, peço vênia aos Ministros Rogerio Schietti Cruz e Sebastião Reis Júnior para acompanhar o voto da relatora, Ministra Laurita Vaz, e denegar a ordem de habeas corpus.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Sexta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento após o voto-vista Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro denegando a ordem, e do voto do Sr. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF -1ª Região) concedendo-a, a Sexta Turma, por maioria, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região). Vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz e o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Ação direta de inconstitucionalidade. - Art. 3º, parágrafo único, da Lei Estadual nº 18.309, de 03 de agosto de 2009, do Estado de Minas Gerais. - Proibição de inscrição do nome do usuário dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário em cadastro de proteção ao crédito quando inadimplente. - Competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de proteção ao consumidor. Violação ao art. 24, V e § 1º, da Constituição. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.668 – MG – Relator: MINISTRO GILMAR MENDES.

Requerente: Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento – AESBE. – Advogado: Eleazar Araujo de Carvalho. Interessado: Governador do Estado de Minas Gerais. – Procurador: Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais. – Interessado: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. – Advogado: Procurador-Geral da Assembleia Legislativa de Minas Gerais.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer da presente ação direta e julgou procedente o pedido nela formulado, para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo único, da Lei Estadual n. 18.309, de 03 de agosto de 2009, do Estado de Minas Gerais, nos termos do voto do Relator.

Brasília, Sessão Virtual de 04 a 11 de fevereiro de 2022. - *Ministro Gilmar Mendes*. – Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pela Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento – AESBE, contra o art. 3º, parágrafo único, da Lei Estadual nº 18.309, de 03 de agosto de 2009, do Estado de Minas Gerais.

Eis o teor do ato normativo impugnado:

> Art. 3º […]
>
> Parágrafo único. É vedada a inscrição do nome do usuário dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário em cadastro de proteção ao crédito, em razão de atraso no pagamento da conta.

A requerente aponta violação aos arts. 19, III; 24, V, VIII, § 1º e §4 º; e 37, XIX, do texto constitucional.

Alega que a norma estadual violou sua competência legislativa suplementar ao dispor contrariamente à legislação federal, que não estabeleceu quaisquer limitações à inscrição de dados relativos a consumidor ou usuário inadimplente em banco ou cadastro de consumo.

Adotei o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999 e solicitei informações. (eDOC 9)

O Governador do Estado de Minas Gerais defendeu a competência do Estado para legislar sobre a matéria e pugnou pela improcedência do pedido. (eDOC 15)

A Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais manifestou-se pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela constitucionalidade da norma impugnada. (eDOC 17)

A Advocacia-Geral da União emitiu parecer pela procedência do pedido, em peça assim ementada:

> Consumidor. Lei estadual nº 18.309/2009, que cria a Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais e estabelece normas relativas a esses serviços. Impugnação a dispositivo que veda a inscrição do nome de usuário dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário em cadastro de proteção ao crédito, em razão de atraso no pagamento da conta. Improcedente a alegada ofensa ao artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal. A necessidade de lei específica para a criação de agência reguladora não se confunde com a exigência de lei de conteúdo exclusivo. Suposta mácula que não invalida o dispositivo especificamente impugnado na inicial. Acolhimento da alegação de afronta ao artigo 24, incisos V e VIII, e parágrafos 1º e 4º, da Constituição da República. A norma impugnada extrapola os limites da competência concorrente dos Estados-membros para dispor sobre consumo. Precedentes dessa Suprema Corte. Manifestação no sentido da procedência do pedido.(eDOC 22)

A Procuradoria-Geral da República, igualmente, manifestou-se pela inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, em parecer assim ementado:

Repartição de competência legislativa. Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 3º, parágrafo único, da Lei 18.309/2009 do Estado de Minas Gerais. Serviços de abastecimento de água e esgoto. Usuário inadimplente. Inscrição em cadastro de proteção ao crédito. Vedação. Inconstitucionalidade formal. Disposição de lei federal em sentido diverso. Lei 8.078/1990 (código de defesa do consumidor). Matéria de caráter nacional. Ofensa ao art. 24 da constituição federal. Prestação de serviços públicos. Lei 8.987/1995 (Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos). Inexistência de peculiaridade que justifique tratamento diverso de usuários do estado. Discriminação arbitrária de brasileiros. Afronta ao art. 19, III, da Constituição. - É inconstitucional, por usurpação de competência legislativa da União para legislar sobre normas gerais de proteção e de defesa do consumidor (CF, art. 24, V), lei estadual que proíba a inserção de nome de usuário de serviços públicos inadimplente em cadastros de proteção ao crédito em hipóteses não ressalvadas pelo Código de Defesa do Consumidor ao tratar dos bancos de dados e cadastros de devedores. - A teor do disposto no art. 7º, caput, da Lei 8.987/1995 (Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos), os preceitos do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis aos direitos e obrigações de usuários de serviço público, no que cabível. - A competência concorrente para legislar sobre consumo não afasta a possibilidade de os estados, em suplementação de lacunas, explicitar o conteúdo principiológico do Código de Defesa do Consumidor, a fim de ampliar seu núcleo de proteção e conformá-lo a peculiaridades locais, desde que a lei estadual não divirja nem pretenda substituir a lei nacional de normas gerais. - Inexistindo peculiaridade que justifique tratamento diverso a usuários de determinado estado-membro, a possibilidade de inscrição de usuários de serviços públicos em cadastros de inadimplentes é matéria que demanda tratamento uniforme no território nacional, sob pena de que se estabeleçam critérios de discriminação arbitrária entre brasileiros em função do Estado de origem, em ofensa ao art. 19, III, da Constituição. - A circunstância de a lei estadual gerar efeitos positivos aos consumidores não tem o efeito, por si só, de deslocar a competência legislativa para os estados-membros. — Parecer pela procedência do pedido, para que seja declarado inconstitucional o art. 3º, parágrafo único, da Lei 18.309/2009 do Estado de Minas Gerais. (eDOC 25)

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento – AESBE, contra o art. 3º, parágrafo único, da Lei Estadual nº 18.309, de 03 de agosto de 2009, do Estado de Minas Gerais, que veda a inscrição do nome do usuário dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário em cadastro de proteção ao crédito quando inadimplente.

Preliminarmente, confirmo a legitimidade da Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento - AESBE, entidade de classe de âmbito nacional, para a propositura da ação (art. 103, IX, da Constituição e art. 2º, IX, da Lei 9.868/1999).

A caracterização da pertinência temática entre a atividade das autoras e o objeto desta ação é verificada a partir do disposto nos arts. 1º e 3º do estatuto social da AESBE, que lhe comina defender os interesses das empresas estaduais de saneamento. (eDOC 6)

Conheço, portanto, da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Estando os autos devidamente instruídos e em plenas condições de julgamento definitivo, passo ao exame de mérito.

O dispositivo impugnado, em breve síntese, impede que prestadores de serviço público de abastecimento de água e de esgotamento sanitário inscrevam usuários inadimplentes em cadastro de proteção ao crédito.

Inicialmente, reconheço que é da União a competência para editar normas gerais sobre proteção ao consumidor.

No exercício dessa competência, a União editou a Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), que em seus artigos 43 e 44 regulamenta os bancos de dados e cadastros de consumidores:

> Art. 43 O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.
>
> § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.
>
> § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicita por ele.
>
> § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.
>
> § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.
>
> § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.
>
> § 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.
>
> Art. 44. Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor.

> § 1º É facultado o acesso às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado.
>
> § 2º Aplicam-se a este artigo, no que couber, as mesmas regras enunciadas no artigo anterior e as do parágrafo único do art. 22 deste código.

As normas gerais sobre consumo, portanto, não preveem qualquer restrição quanto aos tipos de débitos que possam ser inscritos nos bancos de dados e cadastros de consumidores.

Ou seja, pelas normas gerais do Código de Defesa do Consumidor, só não poderão ser inscritos os devedores com dívidas prescritas ou informações referentes a período de cinco anos.

Nesse sentido, inclusive, registro trecho do julgamento da julgamento da ADI 3.623, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que declarou a inconstitucionalidade da Lei Distrital 3.335/2004:

> [...] Assim, não é razoável conceber que uma lei do Distrito Federal, ou de qualquer outro ente federativo, possa estabelecer restrições quanto aos débitos que não podem ser inscritos em banco de dados ou cadastro de consumidores, criando "privilégios" ou situações não isonômicas em determinada região.
>
> Imagine-se, por exemplo, uma lei de determinada unidade da Federação que estabelecesse que as dívidas provenientes de cheques sem provisão de fundos não pudessem ser inscritas em tais bancos de dados. Por certo, isso causaria uma diferenciação injustificada em relação aos demais consumidores residentes nos outros entes federados, além, claro, de invadir competência própria da União para legislar sobre a matéria.
>
> Nessa esteira e conforme o que dispõe o art. 24 da Carta Maior, é atribuição da União legislar sobre normas gerias acerca da proteção ao consumidor. O poder suplementar dos demais entes da federação apenas pormenorizam a questão, complementando-a, mas jamais alterando-a em sua essência ou mesmo estabelecendo regras incompatíveis com a norma geral. [...] (ADI 3.623, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, *DJe* 30.10.2019)

Ademais, cabe lembrar que não compete aos Estados legislar sobre concessão de serviço público, nos termos do art. 175, parágrafo único, II, da CF. Esta Corte já apartou claramente as duas áreas, como se depreende do seguinte julgado:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional. Lei 10.513/2015 do Estado da Paraíba. Instituição de obrigação para as empresas concessionárias de serviços de telecomunicações de apresentarem mensagem informativa quando os usuários dos serviços realizarem ligações para números de outras operadoras. Artigo 22, IV, da Constituição Federal. Competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações. Inconstitucionalidade formal. Artigo 24, V e VIII, da Constituição Federal. Inaplicável. Usuário de serviços públicos cujo regime guarda distinção com a figura do consumidor. Artigo 175, parágrafo único, II, da Constituição Federal. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgado procedente o pedido. – A competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações (artigo

> 22, IV, da Constituição Federal) é violada quando lei estadual institui obrigação para as empresas concessionárias de serviços de telecomunicações, ainda que a pretexto de proteger o consumidor ou a saúde dos usuários. - A competência concorrente dos estados-membros para dispor sobre direito do consumidor (artigo 24, V e VIII, da Constituição Federal) não pode conduzir à frustração da teleologia das normas que estabelecem as competências legislativa e administrativa privativas da União para disciplinar o setor de telecomunicações. Precedentes. - As figuras do consumidor e do usuário de serviços públicos ostentam regimes jurídicos diversos, por isso que este último, que observa a lógica da solidariedade social (artigo 3º, I, da Constituição Federal), encontra sede específica na cláusula "direitos dos usuários", prevista no artigo 175, parágrafo único, II, da Constituição Federal. [...] - Ação direta conhecida e julgada procedente. (ADI 5.575, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, *DJe* 7.11.2018)

A competência para elaborar a lei de delegação do serviço público, que tratará dos direitos dos usuários, pertence, naturalmente, ao ente federado dele titular. Tal lei, porém, cobrirá apenas os aspectos específicos da delegação, pois cabe à lei nacional fixar as normas gerais de concessão e permissão de serviços públicos, realizada sempre mediante licitação, como o indica o entendimento conjunto do art. 22, XXVII, com o art. 175, *caput*, da Constituição da República.

Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão bem explica que, "apesar [das] peculiaridades inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos (políticas tarifárias, *jus variandi* da Administração Pública etc.), a aplicação do CDC aos serviços públicos não pode ser excluída, até porque há dispositivos legais expressos nesse sentido. Todavia, por outro lado, a aplicação do CDC não pode ser absoluta, devendo, ao contrário, ser realizada com extrema cautela, sob pena de desnaturar a atividade como serviço público, privilegiando os interesses de consumidores individualmente considerados, e postergando os seus objetivos maiores de solidariedade social." (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 525)

Tem razão, assim, o Procurador-Geral da República, que, em seu parecer, concluiu que "é possível afirmar que a Lei estadual 18.309/2009 está inquinada de vício de constitucionalidade formal, seja por dispor sobre norma geral em matéria consumerista sem peculiaridades que justifiquem o tratamento diferenciado pelo Estado de Minas Gerais, seja por fazê-lo no que se refere à prestação de serviço público."

Assim, o ato impugnado, ao estabelecer o direito de o usuário do serviço público residente no Estado de Minas Gerais não ser inscrito em cadastro de devedores, viola a competência da União para editar normas gerais de proteção ao consumidor e de concessão de serviços públicos, além de gerar discriminação injustificada entre usuários.

Ante o exposto, conheço da presente ação direta de inconstitucionalidade e a julgo procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo único, da Lei Estadual nº 18.309, de 03 de agosto de 2009, do Estado de Minas Gerais.

Extrato da ata

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu da presente ação direta e julgou procedente o pedido nela formulado, para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo único, da Lei Estadual n. 18.309, de 03 de agosto de 2009, do Estado de Minas Gerais, nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual de 4.2.2022 a 11.2.2022.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza Assessora-Chefe do Plenário.

Agravo regimental em recurso ordinário em *habeas corpus* - Processo penal - Tráfico de entorpecentes – Dosimetria - Reincidência assentada em anterior registro de incidência ao art. 28 da Lei 11.343/2006 – Ilegalidade - Ausência de fundamentação apta a justificar a majoração da reprimenda. Desproporcionalidade - Ordem concedida - Recurso do ministério público federal - Manutenção do *decisium* - Agravo regimental desprovido

1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada.

2. Conquanto não ultimado o julgamento do RE 635.659 (Relator Ministro Gilmar Mendes), que discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, revela-se desproporcional considerar condenação anterior pela prática de porte de droga para consumo próprio como causa hábil a configurar reincidência e afastar a incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

3. Não se afigura razoável permitir que uma conduta que possui vedação legal quanto à imposição de prisão, a fim de evitar a estigmatização do usuário de drogas, possa dar azo à posterior configuração de reincidência

4. Além de aparente contrariedade com a própria teleologia da Lei 11.343/2006, no que diz respeito à forma de tratamento que deve ser conferida ao usuário de drogas, deve-se ponderar ainda que a reincidência depende, segundo consolidada jurisprudência desta Corte, da constatação de que houve condenação criminal com trânsito em julgado, o que, em grande parte dos casos de incidência do art. 28 da Lei 11.343/2006 não ocorre.

5. Cumpre registrar que, nos termos do art. 63 do Código Penal, verifica-se a reincidência "*quando o agente comete* ***novo crime****, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por* ***crime*** *anterior*" (grifo nosso). Portanto, o conceito de reincidência reclama a condenação pela prática de um segundo crime após anterior com trânsito em julgado – e não contravenção penal, por exemplo.

6. O art. 28 da Lei 11.343/2006, por não cominar pena de reclusão ou detenção, não configura crime nos termos da definição contida na Lei de Introdução ao Código Penal, e, assim, não tem a condão de gerar reincidência, instituto disciplinado no Código Penal.

7. Agravo regimental desprovido.

AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* 178.512 – SP – Relator: MINISTRO EDSON FACHIN.

Agravante: Ministério Público Federal. – Procurador: Procurador-Geral da República. – Agravado: G.R.O. – Advogado: A.P.S.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada sob a Presidência do Senhor Ministro Nunes Marques, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Nunes Marques e André Mendonça.

Brasília, 22 de março de 2022. – *Ministro Edson Fachin*. - Relator

Documento assinado digitalmente

Relatório

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Trata-se de agravo regimental (eDOC.10) interposto contra decisão que concedeu a ordem, em menor extensão, "para determinar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que refaça a dosimetria da pena imposta ao paciente G.R.O. no processo criminal 0001409-90.2017.8.26.0559, abstendo-se de proceder à valoração negativa com base em anteriores registros relacionados à infração ao art. 28 da Lei 11.343/2006, bem como avaliando eventual repercussão no regime prisional e na causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (eDOC.05).

Nas razões recursais, a PGR sustenta que a decisão recorrida merece reforma, pois: a) "a redação do art. 28 da Lei de Drogas não representou descriminalização das condutas nele definidos, mas tão somente a despenalização de tais condutas"; b) "persistindo o caráter penal da conduta imputada, inobstante a ausência de imposição de pena privativa de liberdade, importa considerar válida a exasperação da pena base, à guiza da desfavorabilidade da reincidência, em razão de condenação anterior em tal tipo legal"; c) "uma vez que hão houve abolitio criminis da conduta de posse de drogas para consumo pessoal, permanecem todos os efeitos da condenação do agente no respectivo tipo penal, incluindo a reincidência e antecedentes".

Ante o exposto, requer o provimento do recurso.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - No caso, por constatar ilegalidade flagrante na dosimetria da pena do agravado, concedi a ordem, em menor extensão, nos seguintes termos:

1. **No caso, verifico ilegalidade flagrante na dosimetria da pena a autorizar a concessão do habeas corpus, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, contudo em menor extensão do que o pretendido pelo ora recorrente.**

1.1. Primeiramente no que tange à exasperação da pena-base por maus antecedentes que já teriam sido alcançados pelo período depurador a que alude o art. 64, I, do CP, não antevejo ilegalidade flagrante no incremento operado, pois em consonância com a consolidada jurisprudência da Corte.

Com efeito, no julgamento do mérito do RE 593.818, paradigma do tema de repercussão geral 150, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, o Plenário desta Corte solucionou a divergência ao fixar a seguinte tese: "[n]ão se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal. Prevaleceu, portanto, a tese de que a valoração desfavorável dos antecedentes do réu não enfrenta os mesmos limites temporais a que está sujeita a caracterização da reincidência."

Conclui-se, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal, por meio de seu órgão deliberativo máximo, fixou orientação em sentido oposto ao que adotado pela Segunda Turma. Assim, porque o acórdão proferido pelo Tribunal a quo converge com a orientação consolidada pelo Plenário, inexiste reparo a ser realizado na decisão adotada pelas instâncias de origem.

1.2. Por outro lado, no que tange à exasperação da pena, na 2ª fase da dosimetria, em razão de suposta reincidência relacionada à anterior registro de ofensa ao art. 28 da Lei 11.343/2006, há ilegalidade aferível pronto.

A jurisprudência desta Corte é consolidada no sentido de que "o juízo revisional da dosimetria da pena fica circunscrito à motivação (formalmente idônea) de mérito e à congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a conclusão" (HC nº 69.419/MS, Primeira Turma, da relatoria do Ministro Sepúlveda pertence, DJ de 28.8.92).

Diante desse limite cognitivo, a revisão da dosimetria não permite incursão no quadro fático-probatório, tampouco a reconstrução da discricionariedade constitucionalmente atribuída às instâncias ordinárias. Quando o assunto consiste em aplicação da pena, a atividade do Supremo Tribunal Federal, em verdade, circunscreve-se "ao controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades" (HC 128446, Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. em 15.09.2015).

Na espécie, o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, à pena 06 (seis) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado. Transcrevo excerto da sentença condenatória no ponto pertinente ao objeto deste writ (eDOC 01, p. 17/18- grifei):

"Passo ao cálculo da pena. Fixo a pena-base, na forma do art. 59 do Código Penal, em 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa, em virtude dos maus antecedentes (págs. 197/198). **Na**

segunda fase da dosimetria aumento a pena em 1/6, em razão da reincidência (pág. 198), resultando da operação a pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, e 680 dias-multa. Na terceira fase nada há que ser considerado. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena ou a sua suspensão condicional, por ser insuficiente para a reprovação da conduta, observando-se, no caso dos autos, que os maus antecedentes, bem como a reincidência, além da quantidade de entorpecente, fazem afastar a incidência do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006. De qualquer forma, o delito de tráfico, erigido à condição de equiparado a hediondo, é, ressalvada a posição contrária, ontologicamente incompatível com tais benesses legais. O crime de tráfico de drogas é de extrema gravidade por atentar contra a saúde pública e disseminar o vício, contribuindo efetivamente para a degradação da pessoa, da família e da sociedade. Por esse motivo, o legislador constitucional, determinou que tivesse tratamento rigoroso (art. 5º, XLIII, da Constituição Federal). Em razão da pena aplicada e do período de prisão processual até o momento, inviável a aplicação do art. 387, § 2º, do CPP. Por tais motivos a manutenção da prisão se faz necessária. Assim, denego ao réu o direito de recorrer em liberdade, por ainda persistirem os motivos que autorizaram a manutenção de sua custódia provisória. Ante o exposto, diante do mais que dos autos consta, julgo procedente a denúncia, e em consequência condeno o acusado G.R.O., qualificado nos autos e portador do RG 45.198.481-X, à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no mínimo legal, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções previstas no art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006."

O Tribunal local manteve a condenação do paciente nos termos da sentença (eDOC.01, p. 27):

"Quanto à reprimenda, verifico que a pena-base aplicada ao réu ficou assentada acima do mínimo legal, ou seja, em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais o pagamento de 583 dias-multa, no piso, e assim deve permanecer, porquanto o Juiz sentenciante especificou os motivos pelos quais resolveu exacerbá-la, em obediência aos ditames do artigo 59 do Estatuto Repressivo e do artigo 42 da Lei de Drogas.

Depois, em razão de G. ser reincidente (196/199), o castigo foi, acertadamente, acrescido de 1/6, totalizando, em definitivo, 6 anos, 9 meses e 20 meses de reclusão, mais o pagamento de 680 dias-multa, no limiar. No mais, em virtude do já mencionado fato de G. ser reincidente, torna-se descabida a concessão do privilégio previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, por vedação expressa do próprio dispositivo.

Por fim, era mesmo de rigor a fixação do regime inicial fechado para o desconto da sanção carcerária, não só por conta da gravidade do delito praticado pelo réu, como também em razão de G. ser reincidente.

Nestas condições, nego provimento ao recurso."

Na sequência, o STJ também rechaçou a pretensão de reforma na dosimetria pois haveria, no ponto, supressão de instância:

"No que tange ao pretendido afastamento tanto dos maus antecedentes quanto da agravante da reincidência, reitero que essas matérias não foram analisadas pelo Tribunal de origem, o que impede a apreciação dessas questões diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida supressão de instância.

Registro, novamente, que a Corte estadual, no que diz respeito à primeira fase da dosimetria, afirmou somente que 'a pena-base aplicada ao réu ficou assentada acima do mínimo legal, ou seja, em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais o pagamento de 583 dias-multa, no piso, e assim deve permanecer, porquanto o Juiz sentenciante especificou os motivos pelos quais resolveu exacerbá-la, em obediência aos ditames do artigo 59 do Estatuto Repressivo e do artigo 42 da Lei de Drogas' (f. 26).

Ou seja, em nenhum momento, efetivamente analisou se estaria correta ou não a valoração de cada uma das circunstâncias judiciais tidas como desfavoráveis pelo Juiz sentenciante, tampouco examinou especificamente se, decorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior poderia ou não ser sopesada a título de maus antecedentes.

Em todo caso, esclareço que, embora o Supremo Tribunal Federal, em julgamento já iniciado, ainda não haja decidido o mérito do RE nº 593.818 RG/SC – que, em repercussão geral já reconhecida (*DJe* 3.4.2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes –, certo é que, por ora, este Superior Tribunal possui o entendimento consolidado de que "O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes. Precedentes." (HC nº 337.068/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 28.6.2016). Ainda, menciono: HC nº 413.693/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 16.10.2017. Portanto, diante da existência de precedentes em ambos os sentidos e tendo em vista a ausência de definição da matéria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não vejo como qualificar de abusiva ou de ilegal a decisão que opta por uma das duas correntes, notadamente porque, conforme anteriormente salientado, esta Corte Superior possui a compreensão, tanto na Quinta quanto na Sexta Turma, de que as condenações atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não caracterizem mais reincidência, podem ser sopesadas a título de maus antecedentes.

Em relação à segunda etapa da dosimetria, o Tribunal de origem afirmou somente que: 'em razão de G. ser reincidente (196/199), o castigo foi, acertadamente, acrescido de 1/6' (f. 26-27).

Ou seja, novamente, em nenhum momento, examinou se os efeitos secundários da condenação anterior transitada em julgado em desfavor do réu – relativa ao crime previsto no art. 28

da Lei nº 11.343/2006 – poderiam ou não subsistir para fins de reconhecimento da agravante da reincidência.

Saliento que tais matérias deveriam ter sido suscitadas no momento oportuno e perante o Juízo competente, até para possibilitar à instância recursal um pronunciamento seguro sobre a questão, sendo, por isso mesmo, vedada a inauguração, em habeas corpus, de tese defensiva não aventada e não debatida na via ordinária." (eDOC.01, p. 68/69)

Em que pese a ponderação do STJ, do cotejo entre a página reportada na sentença condenatória como ensejadora da reincidência e a folha de antecedentes criminais do paciente (eDOC.01. p. 30), é possível verificar que o magistrado de primeiro grau o considerou reincidente em razão de condenação anterior, transitada em julgado, por porte de droga para consumo próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006), entendimento que contraria a consolidada jurisprudência deste STF.

No julgamento da Questão de Ordem no RE 430.105/RJ (Relator Sepúlveda Pertence, DJe 27.04.2007), a Primeira Turma do STF firmou a orientação de que a conduta prevista no 28 da Lei 11.343/2006 continua sendo crime, apesar de ter havido a despenalização do tipo com o advento da referida lei.

A constitucionalidade do referido dispositivo está sendo questionada nos autos do RE 635.659 (Relator Gilmar Mendes) na sistemática da repercussão geral. Em 09.12.2011, o Tribunal reconheceu a repercussão geral do tema. Na sessão de 20.08.2015, o Relator votou pelo provimento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do referido dispositivo. Em 10.09.2015, manifestei-me pelo provimento parcial do recurso e o Ministro Roberto Barroso acompanhou integralmente o Relator. O julgamento foi suspenso por pedido de vista do Ministro Teori Zavascki. Atualmente, aguarda-se oportuna inclusão em pauta.

A despeito de não haver posicionamento definitivo acerca da matéria no âmbito desta Suprema Corte, **ao meu entender, revela-se desproporcional considerar condenação anterior pela prática de porte de droga para consumo próprio para configurar reincidência e para afastar a incidência do redutor do art. 33,§ 4º, da Lei de Drogas. Isso porque não há cominação à pena privativa de liberdade**.

As penas previstas para o art. 28 da Lei de Drogas são: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. O descumprimento de quaisquer dessas medidas tampouco implica restrição à liberdade do apenado. Nesse caso, nos termos do art. 28, § 6º, da Lei 11.343/06, a consequência poderá ser, sucessivamente, admoestação verbal ou multa.

Nesse contexto, se o legislador excluiu a cominação de pena privativa de liberdade para o tipo art. 28 da Lei de Drogas, não parece razoável que condenação anterior repercuta negativamente na dosimetria.

Destaco que, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.672.654/SP, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, a Sexta Turma do STJ, à unanimidade, passou a adotar o entendimento de que "a consideração de condenação anterior com fundamento no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 para fins de caracterização da reincidência viola o princípio constitucional da proporcionalidade."

Colho do bem lançado voto da Ministra-Relatora (grifei):

"[…] revendo meu posicionamento, tenho que a consideração de condenação anterior com fundamento no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 para fins de caracterização da reincidência viola o princípio constitucional da proporcionalidade.

É que, como é cediço, a condenação anterior por contravenção penal não gera reincidência pois o artigo 63 do Código Penal é expresso ao se referir à pratica de novo crime ao dispor:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

E, **se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com 'advertência sobre os efeitos das drogas', 'prestação de serviços à comunidade' e 'medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo', mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas.**

Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal, ocasião em que o ilustre relator, Ministro Gilmar Mendes, votando pela descriminalização do porte de drogas para consumo próprio, consignou que 'Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.'

Assim, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que as medidas previstas atualmente, que reconhecidamente não têm apresentado qualquer resultado prático em vista do crescente aumento do tráfico de drogas, tenho que o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência."

Observo, ainda, a existência de precedentes monocráticos desta Suprema Corte nessa linha: HC 179.523, Relator Alexandre de Moraes, DJe 19.12.2019; HC 170.906, Relator Ricardo Lewandowski, DJe 31.05.2019; HC 173725, Relator Ricardo Lewandowski, DJe 22.08.2019 e HC 148353 TA, Relatora Rosa Weber, DJe 14.10.2019.

Ante o exposto, considerando que a condenação pelo art. 28 da Lei 11.343/06 foi a única motivação para o agravamento na segunda fase da dosimetria, conforme consta do acórdão do Tribunal local, **afasto a reincidência**.

Todavia, diante do limite cognitivo desta Suprema Corte, o ajuste na dosimetria deve ser implementado pelas instâncias ordinárias. Caberá, portanto, ao Juízo respectivo refazê-la, alterando a dosimetria da pena, na segunda fase, bem como avaliando eventual repercussão no regime prisional e na causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

4. **Posto isso, com fulcro no art. 192 do RISTF, concedo a ordem, em menor extensão, para determinar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que refaça a dosimetria da pena imposta ao paciente G.R.O. no processo criminal 0001409-90.2017.8.26.0559, abstendo-se de proceder à valoração negativa com base em anteriores registros relacionados à infração ao art. 28 da Lei 11.343/2006, bem como avaliando eventual repercussão no regime prisional e na causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006**."

Conforme mencionado, as instâncias ordinárias consideraram a paciente reincidente e deixaram de aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, por anterior registro de incidência na figura prevista no art. 28, da mesma Lei.

Tal entendimento, contudo, contraria a atual orientação desta Suprema Corte quanto ao tema.

Com efeito, no julgamento do HC 170906, o Min. Ricardo Lewandowski, valendo-se da valorosa contribuição do *parquet* federal, consignou:

- A conclusão de que a condenação anterior, pelo crime do art. 28 da Lei 11.343/2006, é apta para gerar agravante da reincidência não mostra conformidade com o princípio da proporcionalidade. - Para o delito do art. 28 da Lei 11.343/2006 são cominadas as seguintes penas, a serem aplicadas isolada ou cumulativamente, primordialmente voltadas ao tratamento do usuário ou dependente químico: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. - Ademais, conforme artigo 48, § 1º, da Lei 11.343/06, as condutas descritas no artigo 28 são consideradas infrações de menor potencial ofensivo e foram incluídas na competência dos Juizados Especiais Criminais: "O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais". - Em resumo, a necessária interpretação restritiva da agravante e o princípio da proporcionalidade não permitem que uma condenação anterior por crime de menor potencial ofensivo, para o qual não são cominadas penas privativas da

liberdade, possa ensejar reincidência para fins de exasperação da pena em caso de nova condenação. - Por razões semelhantes, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 499/STF: "Não obsta à concessão do 'sursis' condenação anterior à pena de multa", hoje incluída no artigo 77, § 1º, do Código Penal. Cabe lembrar, também, que a condenação por contravenção, não obstante a imposição de pena de prisão, não gera reincidência (HC 170906, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, j. 30.09.2019)

Na mesma linha, a Min. Rosa Weber, em recente decisão exarada no HC 148353 TA:

Constato ainda que tal condenação anterior gerou aumento da pena pela agravante da reincidência (art. 61, I, do CP) e foi a razão exclusiva do afastamento do denominado tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006).

Ressalto que o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, opina pela concessão parcial da ordem para afastar a reincidência. Reproduzo os seguintes trechos do parecer, que reputo relevantes:

[...] Como é sabido, vive-se na atualidade um movimento voltado à descriminalização do porte de droga para consumo pessoal, questão que aguarda a apreciação dessa Suprema Corte no RE nº 635.659, tendo-se reconhecido a repercussão geral do tema (tema 506).

18. Nesse contexto, não parece razoável a decisão tomada pelas instâncias ordinárias de aumentar a pena do acusado e negar-lhe a aplicação de causa de diminuição de pena, valendo-se de eventual condenação por porte de droga para consumo pessoal, ainda mais tendo-se presente que a Lei nº 11.343/2006, procurou conferir ao usuário de drogas um tratamento diferenciado, optando por medidas educativas, profiláticas e recuperadoras, ao invés de impor-lhe sanção de natureza penal propriamente dita. **O usuário de droga não é visto, na lei, como um criminoso, mas um doente que precisa de tratamento e oportunidade de recuperação**. [...] . A sentença que o condenou por uso de drogas (8 comprimidos de ecstasy), juntada às fls. 115/119, impôs-lhe pena de advertência sobre os efeitos da droga, aplicada pelo próprio magistrado. **Essa sentença, evidentemente, não tem caráter punitivo suficiente para valer como título condenatório, de modo a afastar a primariedade do paciente e justificar o aumento de pena pela reincidência**. De todo modo, os elementos que instruem estes autos não deixam dúvida de que o paciente, se traficante fosse, qualificar-se-ia com um pequeno traficante, mais exatamente aquele que vendia droga para manter o seu próprio vício, sendo certo que não integrava organização criminosa nem se dedicava a atividades criminosas, tendo a própria sentença reconhecido os seus bons antecedentes.

Verifico, igualmente, que a sentença foi confirmada em seus termos pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e posteriormente mantida pelo Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, houve overruling na jurisprudência de ambas as Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, como explicitam os seguintes precedentes:

[…]

Observo que o segundo julgado mencionado retrata situação idêntica à vivenciada pelo paciente e a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça – mesmo órgão judicial que julgou o Recurso Especial do ora paciente - afastou o reconhecimento da reincidência em caso de condenação anterior por porte ilícito de drogas para uso próprio, permitindo a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Destaco ainda que a questão foi objeto de Enunciado pelo FONAJE (Fórum Nacional dos Juizados Especiais): "A condenação por infração ao artigo 28 da Lei 11.343/06 não enseja registro para efeitos de antecedentes criminais e reincidência" (Enunciado 126). (HC 148353 TA, Relatora: Min. Rosa Weber, j. 22.10.2019)

As decisões monocráticas, acima transcritas em sua essencialidade, estão em consonância com a nova diretriz de política criminal instaurada pelo SISNAD, sobretudo o §2° do art. 48 da Lei 11.343/2006, pois como elucida José Baltazar Junior "O objetivo da apresentação imediata e da inexistência de flagrante devem ser compreendidos dentro da linha, que informa a nova lei, de **evitar a estigmatização do usuário, ao qual não pode ser imposta em nenhuma hipótese, medida de privação de liberdade**, de modo que não cabe prisão em flagrante."(BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes Federais. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1158, grifei)

No mesmo sentido, acerca do claro intuito de prevenção, assistência e reinserção social do usuário de drogas já asseverou esta Suprema Corte, em julgado de relatoria do Min. Eros Grau:

- A nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), em vigor desde o dia 08/10/06, preconiza que a distinção entre usuário de drogas e traficante continua tendo por base o caso concreto, devendo ser consideradas a natureza da droga, sua quantidade, local, antecedentes, modo de vida do agente, etc. **Determina que ao usuário não se comine pena de prisão, nem contra o mesmo deve ser lavrado auto de prisão em flagrante, mas termo circunstanciado**.

Pretende a introdução no Brasil de uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário, **que deve ser recuperado ao invés de penalizado**. Trata-se de norma claramente benéfica ao usuário e dependente de drogas. - Criou-se, com a mencionada Lei, o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), que tem por tarefa articular, integrar, organizar e coordenar toda política brasileira relacionada com a prevenção do uso de drogas, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes, assim como a repressão à produção e ao tráfico ilícito de drogas. - Percebe-se, com a nova Lei, uma preocupação do Estado e da sociedade no sentido de mudar a visão e o comportamento com relação aos usuários de droga. (STF, HC 92961, Relator (a): Min. Eros Grau, 2ª Turma, j. 11.12.2007)

Sob essa ótica, conquanto não ultimado o julgamento do RE 635.659 (Relator Gilmar Mendes) que discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, não se afigura razoável permitir que uma conduta que possui vedação legal quanto à imposição de prisão, a fim de evitar a estigmatização do usuário de drogas, possa dar azo à posterior configuração de reincidência.

Com efeito, além de aparente contrariedade com a própria teleologia da Lei 11.343/2006, no que diz respeito à forma de tratamento que deve ser conferida ao usuário de drogas, deve-se ponderar ainda que a reincidência depende, segundo consolidada jurisprudência desta Corte, da constatação de que houve condenação criminal com trânsito em julgado, o que, em grande parte dos casos de incidência do art. 28 da Lei 11.343/2006 não ocorre.

A rigor, constatada a infração ao art. 28 da Lei 11.343/2006, tem-se, incontinenti, a lavratura de termo circunstanciado, com agendamento de audiência de justificação, na qual o juiz advertirá o noticiado acerca dos efeitos nocivos da droga, e determinará o cumprimento das medidas previstas em Lei, que após cumpridas, ensejarão a extinção do processo. Nessa hipótese encerra-se o feito portanto, antes mesmo do julgamento do mérito e não há prolação de sentença penal condenatória propriamente dita.

Assim, tecnicamente, não há como considerar tal decisão como ensejadora de posterior reincidência. O procedimento, em verdade, muito mais se assemelha ao da transação penal, e a decisão que dele resulta, por consolidada jurisprudência desta Corte tem natureza meramente homologatória, porque não há efetivo juízo de valor acerca da reprovabilidade da conduta processada. Portanto, em casos tais, deve-se emprestar ao anterior registro de incidência no art. 28 da Lei 11.343/2006, semelhante valor ao que se dá à anotação de anterior cumprimento de transação penal, que consoante entendimento consagrado no julgamento dos RE 795.567, rel. Min. Teori Zavascki e RE 602.072 QO-RG, rel. Min. Cezar Peluso, ambos em sede de repercussão geral (temas 187 e 238, respectivamente), não possui o condão de gerar posterior reincidência.

No mais, ainda que se pondere a possibilidade de não comparecimento espontâneo ou descumprimento pelo noticiado, a demandar a efetiva propositura de denúncia pelo parquet, o juiz, ao cabo da instrução criminal, poderá, quando muito, impor alguma das medidas não restritivas de liberdade previstas no art. 28 da citada lei. Não haverá, porém, efetiva dosimetria da pena, ao menos não no modelo tradicional e trifásico de dosagem da reprimenda, porque sob o usuário, segundo preconizado a teleologia da norma, não recai juízo de censura de natureza penal, mas mera advertência, sanções de cunho educativo ou admoestação e multa, a fim de que cumpra o determinado.

Tal se infere da própria leitura do dispositivo da decisão emanada nos autos 3007126-20.2013.8.26.0576, que ensejou configuração da reincidência no caso concreto, na qual o Juízo originário consignou "Ante o exposto, julgo procedente o pedido para aplicar ao réu G.R.O. a medida de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 02 (dois) meses, em local e condições a serem estabelecidos em sede de execução, por infração ao art. 28 da Lei nº 11.343/06."

Como se nota, o Juízo a quo não se valeu de nomenclaturas usuais, como "ação penal", "condenação" ou "pena", ao determinar o cumprimento da medida de prestação de serviços comunitários, a indicar que, efetivamente, está a se tratar de de figura diversa, sui generis e por isso inapta a gerar os consectários efeitos da reincidência.

Por fim, cumpre registrar que, nos termos do art. 63 do Código Penal, verifica-se a reincidência "quando o agente comete **novo crime**, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por **crime anterior**" (grifo nosso). Portanto, o conceito de reincidência reclama a condenação pela prática de um segundo crime após anterior com trânsito em julgado – e não contravenção penal, por exemplo.

Por sua vez, a Lei de Introdução ao Código Penal, em seu artigo 1º, considera crime a "infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa". A pena de reclusão, a seu turno, é aquela que pode ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado (art. 33 do Código Penal).

O art. 28 da Lei 11.343/2006, por não cominar pena de reclusão ou detenção, não configura crime nos termos da definição contida na Lei de Introdução ao Código Penal, e, assim, não tem a condão de gerar reincidência, instituto disciplinado no Código Penal. Assim, entendo que a decisão unipessoal restou lastreada na jurisprudência desta Corte e que as razões recursais não são aptas a infirmá-la, razão por que voto pela sua manutenção.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

Extrato de Ata

Decisão: Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que negava provimento ao agravo regimental, pediu vista o Ministro Nunes Marques. Presidência do Ministro Nunes Marques. 2ª Turma, 9.11.2021.

Presidência do Senhor Ministro Nunes Marques. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Luiz Augusto Santos Lima.

Hannah Gevartosky Secretária.

Voto-vista.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES - Trata-se de agravo interno interposto pelo Ministério Público Federal de decisão mediante a qual o Ministro Relator concedeu a ordem, em menor extensão, para determinar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que refaça a dosimetria da pena imposta a G.R.O., afastando a valoração negativa dos antecedentes quanto à anterior condenação pela prática do crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, bem como avaliando eventual repercussão no regime prisional e na causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Em síntese, o agravante alega o que se segue:

> a) a redação do art. 28 da Lei de Drogas não representou descriminalização das condutas nele definidos, mas tão somente a despenalização de tais condutas;
>
> b) persistindo o caráter penal da conduta imputada, inobstante a ausência de imposição de pena privativa de liberdade, importa considerar válida a exasperação da pena base, à guiza da desfavorabilidade da reincidência, em razão de condenação anterior em tal tipo legal;
>
> c) uma vez que hão houve abolitio criminis da conduta de posse de drogas para consumo pessoal, permanecem todos os efeitos da condenação do agente no respectivo tipo penal, incluindo a reincidência e antecedentes.

Em razão da relevância do tema e dos substanciosos argumentos recursais, pedi vista deste processo.

É o relatório.

Do Tema nº 506 da repercussão geral e da possibilidade de julgamento deste caso concreto.

Desde logo, até para delimitar o que está em julgamento, ressalto que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 635.659, Relator o ministro Gilmar Mendes, Tema nº 506/RG, reconheceu a existência de repercussão geral da questão relativa à "tipicidade do porte de droga para consumo pessoal", em acórdão assim ementado:

> Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida.

O processo aguarda inclusão na pauta para apreciação final da matéria.

Cabe destacar, porém, que a questão ora em debate não se refere à tipicidade do porte de droga para consumo pessoal, o que afetaria sua própria natureza de crime.

O que se discute nestes autos é apenas a possibilidade de utilização de condenação anterior por porte de droga para uso pessoal (Lei nº 11.343/2006, art. 28) para efeito de aplicação da reincidência na dosimetria da pena.

Feita essa necessária delimitação, passo ao exame do caso concreto.

Da consideração como maus antecedentes de condenações depuradas pelo decurso do prazo de 5 anos (CP, art. 64, I).

Inicialmente, no ponto em que G.R.O. aponta ilegalidade na primeira fase da dosimetria da pena que lhe foi aplicada ante a consideração como maus antecedentes de condenações depuradas pelo decurso do prazo de 5 anos, conforme previsto no art. 64, I, do Código Penal, entendo não assistir razão ao ora agravado, tal como consignou o Ministro Relator em seu voto.

Esta Corte, na análise do Tema n. 150 da repercussão geral, fixou a tese de que "não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal".

Referido entendimento tem sido observado pelas duas Turmas do Supremo. Cito, em casos fronteiriços, o HC 168.918, ministro Marco Aurélio; o HC 190.534 AgR, ministro Ricardo Lewandowski; e o RHC 181.410 AgR, ministra Rosa Weber, além do representado pela seguinte ementa:

> - Com a conclusão do julgamento do RE 593.818, em 17.08.2020, o Pleno desta Suprema Corte, apreciando o tema 150 da repercussão geral, fixou a tese de que "Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal". Suplantado, portanto, o entendimento em sentido oposto, até então adotado por esta Segunda Turma. (HC 187.860 AgR, Redator do acórdão o ministro Edson Fachin)

Entendo, desse modo, que o acórdão do Superior Tribunal está em sintonia com o entendimento firmado pelo Supremo no sentido da validade da utilização de condenações extintas há mais de 5 anos para caracterizar maus antecedentes.

Do reconhecimento da reincidência em razão de condenação anterior por porte de drogas para consumo pessoal (Lei n. 11.343/2006, art. 28) e consequente afastamento do tráfico privilegiado (Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º)

De outro lado, no ponto em que se indica ilegalidade na segunda fase da dosimetria em razão do reconhecimento da agravante da reincidência em decorrência de condenação anterior pelo delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, é preciso tecer algumas considerações.

Com efeito, observo que este recurso ordinário em *habeas corpus* foi interposto por G.R.O. contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que está, no ponto, assim ementado:

> - O Tribunal de origem também não examinou se os efeitos secundários da condenação anterior transitada em julgado em desfavor do réu – relativa ao crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 – poderiam ou não subsistir para fins de reconhecimento da agravante da reincidência, de maneira que a análise dessa matéria diretamente por esta Corte Superior de Justiça implica incidir na indevida supressão de instância. (HC 503.871, Relator o ministro Rogério Schietti Cruz)

Do exame do pronunciamento recorrido é possível concluir que a questão do reconhecimento da reincidência do ora agravado em razão de sua condenação anterior pelo crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas não foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como se sabe, o Supremo consolidou entendimento no sentido de não se conhecer de *habeas corpus* quando as razões apresentadas pela parte impetrante não houverem sido apreciadas pelo Tribunal apontado como coator, por ficar caracterizada inadmissível supressão de instância (HC 192.077 AgR, ministra Cármen Lúcia; HC 157.575 AgR, ministro Dias Toffoli; HC 164.611 AgR,

ministro Edson Fachin; HC 190.387, ministro Gilmar Mendes; HC 189.201 AgR, ministro Luiz Fux; HC 190.319 AgR, ministro Ricardo Lewandowski).

Entretanto, mesmo em não se conhecendo, há a possibilidade excepcional de concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício quando evidenciada situação de flagrante ilegalidade ou de teratologia (CPP, art. 654, § 2º).

Pois bem. Consta dos autos que o magistrado de primeiro grau, em decisão mantida pelo Tribunal local e pelo Superior, afastou a aplicação do tráfico privilegiado na sentença em que condenou o ora agravado a 6 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei de Drogas. Ao fundamentar a dosimetria da pena, ressaltou que G.R.O. era reincidente, em virtude de anterior condenação pelo delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

Aqui cabe importante colocação acerca da natureza jurídica da conduta de portar droga para consumo próprio, nos termos do art. 28 da Lei de Drogas.

Não se desconhece a inovação da política criminal a respeito das drogas, sobretudo quanto ao tratamento dado aos usuários.

Com efeito, é louvável a busca da sociedade por melhor abordagem do tema, notadamente sob o viés do necessário cuidado com os aspectos preventivos, pedagógicos e informativos em torno dos malefícios das drogas para a saúde dos dependentes químicos, de modo a afastar-se ou ao menos minimizar-se a estigmatização que já lhes é imposta e com vistas, antes de tudo, à assistência e à reinserção social.

Nesse contexto, a Lei nº 11.343/206, em seu art. 28, retirou a possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade em razão do porte de drogas para consumo pessoal, antes prevista no art. 16 da revogada Lei nº 6.368/1976 (antiga Lei de Drogas):

> **Lei n. 6.368/1976 (revogada pela Lei n. 11.343/2006):**
>
> Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> Pena – Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinqüenta) dias-multa.
>
> **Lei n. 11.343/2006:**
>
> Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
>
> I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Todavia, é preciso ressaltar que o porte de droga para uso pessoal (Lei nº 11.343/2006, art. 28) conserva a natureza de crime, em que pese a lei não prever a imposição de pena privativa de liberdade, como se pode observar da jurisprudência firmada por esta Corte (HC 178.521 AgR, Ministro Luiz Fux). Vale destacar o importante e esclarecedor julgamento da questão de ordem no RE 430.105, Relator o ministro Sepúlveda Pertence, DJe de 27 de abril de 2007):

> **I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 – nova lei de drogas): natureza jurídica de crime.**
>
> **1. O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).**
>
> **2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).**
>
> **[...]**
>
> **6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.**
>
> **7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107).** (Grifei)

Assim, com a devida vênia do Relator, também entendo que o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 não se revela uma figura penal sui generis, ou, ainda, que, por deixar de cominar pena de reclusão ou detenção, configuraria crime nos termos do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, e, portanto, não poderia gerar reincidência.

Ademais, como bem definido no voto do Ministro Relator, o descumprimento de quaisquer das medidas impostas pelo preceito secundário do art. 28 a Lei de Drogas não implica restrição à liberdade do apenado. É que, segundo o art. 28, § 6º, da Lei nº 11.343/2006, a consequência poderá ser, sucessivamente, admoestação verbal ou multa, mas nunca a imposição de pena privativa de liberdade.

Do contexto já examinado, entendo que ocorreu apenas despenalização do porte de drogas para consumo pessoal, mas não houve o abolitio criminis da conduta típica definida no art. 28 da Lei de

Drogas. O porte de drogas para consumo pessoal continua sendo crime, com todos os seus efeitos consectários, inclusive para reconhecimento da reincidência.

Em caso idêntico ao dos presentes autos, esta Turma, em acórdão de 5 de abril de 2019, firmou entendimento em sentido contrário ao pretendido pelo ora agravado nesta impetração. Cumpre transcrever a elucidativa ementa do julgado:

> "*Habeas corpus*". Posse de droga para uso pessoal (Lei nº 11.343/2006, art. 28). Inocorrência de "abolitio criminis". Simples medida de "despenalização" dessa conduta. Natureza jurídica de crime mantida. Possibilidade de utilização de condenação anterior por delito dessa natureza como circunstância capaz de produzir reincidência/maus antecedentes. Precedentes. Recurso de agravo improvido. (HC 148.484 AgR, ministro Celso de Mello – grifos originais)

Ainda, a reincidência depende, como se sabe, do trânsito em julgado da condenação criminal, o que, ante a possibilidade de assinatura do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), previsto para os crimes de menor potencial ofensivo, e desde que cumpridas as medidas impostas pelo magistrado, acarretará a extinção do processo.

Assim, com a devida vênia do ministro Relator, ainda que tecnicamente difícil considerar, para efeito de reincidência, o porte de drogas para uso pessoal, visto que, em regra, não há o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não entendo se deva dar à condenação pelo art. 28 da Lei de Drogas valor semelhante ao destinado à anotação de anterior cumprimento de transação penal, na medida em que a única consequência oriunda da manutenção da natureza de crime do art. 28 da Lei de Drogas é a sua consideração para fins de reincidência.

Isso, no meu entender, fortalece o caráter inibitório da conduta e está de acordo com as políticas de redução de dano no trato do tema do usuário e dependente de drogas.

Nesse aspecto, pontuo ser legítima a opção do legislador ordinário em definir pena diversa da privativa da liberdade para determinado crime, desde que respeitadas certas regras previstas no texto constitucional (art. 5º, XLVI e XLVII), nos termos do julgamento plenário já citado (RE 430.105 QO, Relator o ministro Sepúlveda Pertence):

> 1. O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).

Vale, por isso mesmo, destacar a doutrina de Renato Brasileiro de Lima, na obra Legislação criminal especial comentada (3. ed., 2015, JusPODIVM):

> Se o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese de abolitio criminis ou de infração penal sui generis, para afirmar a natureza de crime da conduta do usuário de drogas, muito embora despenalizado, não há ilegalidade na utilização de anterior sentença condenatória irrecorrível pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal para aplicação da agravante genérica da reincidência, no termos dos arts. 63 e 64 do Código Penal.

Por isso mesmo, ressalto que a minorante do tráfico privilegiado foi afastada pelas instâncias ordinárias em decorrência do reconhecimento de maus antecedentes (por mim enfrentada no tópico 1) e da reincidência em desfavor do ora agravado (tópico 2 do meu voto), em virtude de existência de sentença penal condenatória transitada em julgado pelo crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

Assim, não vislumbro ilegalidade no afastamento do tráfico privilegiado.

Do regime inicial de cumprimento de pena.

Quanto à pretendida revisão do regime de cumprimento da pena, reporto-me ao enunciado n. 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal:

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Considerada a quantidade da pena aplicada (6 anos, 9 meses e 10 dias), e havendo a valoração negativa das circunstâncias judiciais (maus antecedentes) bem assim o reconhecimento da agravante da reincidência, entendo estar presente fundamento idôneo para justificar a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

Em conclusão: não vislumbro flagrante ilegalidade na dosimetria da pena ou teratologia no regime de cumprimento de pena aplicado ao ora agravado para a concessão da ordem de ofício (CPP, art. 654, § 2º).

Em face do exposto, pedindo vênia ao Ministro Relator para divergir, dou provimento ao agravo interno, tornando sem efeito a decisão monocrática proferida pelo ministro Edson Fachin em 14 de dezembro de 2020.

É como voto.

Confirmação de voto

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite a palavra? Apenas como Relator, cumprimentando Vossa Excelência, especialmente pela reflexão introdutória que fez, cujas premissas, de um modo geral, não estão distanciadas da compreensão que exarei no voto. Porém, percebo nitidamente que neste RHC 178.512, ao verticalizar para o caso concreto, Vossa Excelência dá provimento - e é assim que concluo, creio, Senhor Presidente - ao agravo do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (PRESIDENTE) - Sim.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Portanto, Vossa Excelência rechaça a necessidade de o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo refazer a dosimetria da pena e abster-se de proceder à valoração negativa com base em registros anteriores relacionados ao art. 28 da Lei 11.343.

É nessa direção que vai a posição do Ministério Público, vale dizer, de sustentar que esse art. 28 da Lei de Drogas não representou a descriminalização das condutas nele definidas, mas tão somente a despenalização dessas condutas. Creio que esta é a substância da tese acolhida no voto que Vossa Excelência vem de proferir, a partir da compreensão que Vossa Excelência adota, sendo que o voto que já houvera proferido, como o voto de Vossa Excelência anota, é em sentido diverso. Ou seja, votei no sentido de não prover o agravo regimental. Lá, procurei assentar, com o devido respeito da opinião diversa, Senhor Presidente, que a conclusão, a rigor, independe do debate acerca da descriminalização do art. 28 da Lei de Drogas.

Na verdade, em meu modo de ver, esse debate mesmo está posto no Plenário. Já há alguns votos, o tema foi objeto de pedido de vista e tive a honra de acompanhar o voto de Sua Excelência o eminente Ministro Gilmar Mendes sobre essa matéria.

Creio que a solução deste caso passa pela compreensão de que o legislador não estipulou pena de reclusão para a infração deste dispositivo que estamos a examinar.

Por isso, com todo o respeito, parece-me ilógico agravar uma pena de prisão quando o próprio legislador não cominou pena de prisão com este grau de intensidade para esta espécie.

De modo que, Senhor Presidente, estou reiterando o voto que proferi, vale dizer, no sentido de não prover o agravo regimental. E assim o faço, reconhecendo que, efetivamente, não foi ultimado o julgamento do recurso extraordinário da relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes, o RE 635.659. Lá, de fato, está em debate a constitucionalidade do art. 28.

O que está em questão aqui, em meu modo de ver, é, como disse, com todo o respeito, o que me parece, se me afigura, uma evidente desproporcionalidade: considerar a condenação anterior pela prática do porte de droga para consumo próprio como causa hábil a configurar a reincidência e afastar a incidência do redutor. Nem irei valer-me dos dados desumanos e trágicos do sistema de encarceramento - que está perfeitamente para a tragédia -, imbricados com essas condenações pela prática de porte de droga e com o afastamento da possibilidade que deriva da incidência do redutor.

Por isso, Senhor Presidente, com toda a vênia, não considero razoável permitir que uma conduta que possui vedação legal quanto à imposição de prisão, a fim de evitar a estigmatização do usuário de drogas, dê azo a posterior configuração de reincidência.

Assentei, em meu voto, que a aparente contrariedade à própria teleologia da Lei 11.343, no que diz respeito à forma de tratamento que deve ser conferida ao usuário de drogas, e aqui, Senhor Presidente, nem adentro o aspecto, embora me pareça fundamental, que entendo ser um tema de

saúde pública, muito mais do que um tema atinente à repressão do Estado mediante uma prática de violência, ainda que institucionalizada, com o apenamento e o aprisionamento. Nem chego a este ponto para ponderar que a reincidência depende da constatação de ter havido condenação criminal com trânsito em julgado, o que, em grande parte dos casos submetidos à Lei de Drogas, efetivamente, não ocorre. Aliás, é o que deriva do art. 63 do Código Penal. Por isso, o art. 28 não comina de pena de reclusão ou detenção para servir como causa apta a gerar reincidência.

De modo que, Senhor Presidente, compreendendo e enaltecendo o voto divergente de Vossa Excelência, não me parece que seja possível assentar a reincidência. Por isso, estou reiterando o voto pelo não provimento do agravo do Ministério Público.

Esclarecimento

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES - Aproveito, ministro Edson Fachin, para saudar Vossa Excelência novamente e parabenizar pela oportunidade de voto. Vossa Excelência percebe, e os Pares também, que parto da mesma análise de Vossa Excelência, mas em sentido oposto.

Vossa Excelência volta a frisar que, na prática, quase inexiste o trânsito em julgado em relação à prática do art. 28. Por quê? Porque, hoje, temos o termo circunstanciado de ocorrência. A maioria dos casos não chega a transitar em julgado.

Mas percebemos, saindo um pouco do plano fenomênico e nos debruçando sobre o plano real, que, na prática, o único fator inibitório que há para que os jovens e os cidadãos brasileiros em geral cumpram o que foi acordado no termo circunstanciado de ocorrência é a possibilidade de ser usado o caso da reincidência a título de maus antecedentes.

Parto do mesmo fato para chegar a conclusão diversa. Se não utilizarmos como reincidência, a meu sentir, há certo esvaziamento quanto ao cumprimento do que foi determinado por ocasião dessa assentada onde se fixam algumas obrigações para o usuário.

Essa foi a visão que tive, mas compreendi a visão de Vossa Excelência e a construção jurídica feita, pela qual parabenizo Vossa Excelência novamente.

Antecipação ao voto

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, gostaria só de fazer algumas notas a propósito dessa temática e revelar um pouco de preocupação com esse tema.

Tenho voto escrito e vou, daqui a pouco, talvez, poder fazer o detalhamento, mas gostaria de fazer algumas notas. Todos sabem, não é novidade, que vivemos hoje essa tragédia do superencarceramento. São quase um milhão de pessoas, os números variam - inclusive na numerologia não temos segurança -, mas quase um milhão de pessoas. Se formos descer a detalhes, em geral, são pessoas que estão envolvidas, de alguma forma, com o tráfico de drogas. E se formos, ainda, aprofundar esse exame, vamos encontrar, na verdade, um número elevado de pessoas que se envolvem nessa questão para, eventualmente, atender ao próprio vício. São muitos os casos. Aqueles que já julga-

mos aqui, inclusive, têm sido alvo de decisão nossa a propósito do chamado tráfico privilegiado, as tradicionais mulas - diante do quadro envolvido, pessoas desempregadas ou com dificuldade de alocação, às vezes, um caminhoneiro, um taxista e coisas do tipo. É todo esse quadro. Inclusive, normalmente, são raros os casos, nesse processo, em que são atingidos pela prisão os coordenadores, os barões.

Essa é uma preocupação. Por isso que, inclusive, quando a gente discutiu no Plenário - matéria que pende, agora, de pedido de vista do Ministro Alexandre -, propus que o art. 28 se convolasse, enquanto não viesse uma alteração da legislação, no máximo, em uma medida de caráter administrativo, puramente administrativo, o que pode levar, em alguns casos, como leva em Portugal, até mesmo à internação, em casos mais graves.

Todos sabemos aqui - temos o Ministro Lewandowski, que vive em São Paulo - a tragédia que isso representa quando chega a extremo - caso da Cracolândia, em que as pessoas perdem o domínio sobre si mesmas. Em casos tais, é possível que se faça esse tipo de política. É curioso, ficando apenas no plano fenomênico - depois a gente pode discutir a questão jurídica -, que Portugal, creio que sob a gestão do Primeiro-Ministro Guterres e, sendo Secretário de Estado para o tema, o Professor Vitalino Canas, avançou para esse modelo de descriminalização do uso.

Quando fazia o rol dos casos que levam à criminalização, muitas vezes, acabei por olvidar um fenômeno com qual nos deparamos aqui e que foi alvo, talvez, até de decisão, objeto de decisão histórica desta Corte, decisão trazida pelo Ministro Lewandowski, que foi o *habeas corpus* coletivo em favor das mulheres.

Basicamente, se formos olhar aqueles casos, são casos de suposto tráfico de drogas. Normalmente, acontece um fenômeno em que as pessoas, os homens, acabam sendo presos pela prática do tráfico de drogas e, depois, pelas circunstâncias dominantes no presídio, eles são, muitas vezes, obrigados a concitar suas mulheres a levarem drogas ao presídio. Muitos casos. Tanto é que veio a legislação favorável à prisão domiciliar de mães de filhos de até doze anos, e eu sempre tenho dito: isso tem que vir acompanhado de algum modelo de integração ou de auxílio social, porque, do contrário, acaba não resultando efetivo, acabamos caindo em um círculo vicioso.

De modo que, faço esse registro para dizer que, talvez, a gente tenha que fazer realmente uma leitura teleológica do art. 28. Acho que até o intuito do legislador, em um dado momento, se a gente fizer a leitura da lei como um todo, era no sentido de eventual descriminalização ou, pelo menos, despenalização. Mas parece que, usando uma linguagem futebolística, é preciso combinar com os russos. No caso, com promotores e juízes.

Continuarmos a ter, sem a possibilidade de enfrentamento, nós continuamos... Pelo contrário, parece que depois da lei, que veio com um espírito relativamente liberal, nós aprofundamos o grau de encarceramento.

Tenho certeza que, se formos fazer, hoje, a demografia da população carcerária, vamos encontrar uma grande massa dessas pessoas e, normalmente, de pequenos traficantes, muitas vezes pessoas que se envolveram com o tráfico para satisfazer o próprio vício ou coagidos por isso.

De modo que gostaria de fazer um pouco esse pano de fundo em relação à questão que estamos discutindo no Plenário para, de alguma forma também, posicionar-me. Vou voltar ao tema se necessário, mas para me posicionar na linha já agora preconizada pelo Ministro Fachin, com todas as vênias ao voto cuidadoso de Vossa Excelência, que também compreendo.

A mim me parece que estamos discutindo uma questão crucial de segurança pública. Temos de enfrentar esse tema. Claro, repudiar de maneira clara e severa o crime de tráfico de drogas, que tantos danos causa à população, especialmente aos jovens, mas, ao mesmo tempo também, reconhecer que os excessos levam a uma desproporcionalidade.

De modo que queria fazer esse registro tendo em vista o debate que já iniciamos e o travamento no âmbito do Plenário.

A repercussão que essas decisões acabam tendo no encarceramento massivo acabam por ocorrer já com as prisões provisórias. Quando digo quadro prisional brasileiro, esqueci de dizer que praticamente metade dessa população de presos é de presos provisórios. Muitos, provavelmente, também tendo a ver com o tráfico de drogas.

O tema é extremamente sério, atinge essa camada extremamente pobre da população, que, muitas vezes, envolve-se com o crime por conta do próprio ambiente externo em que se encontram inseridos. Temos de olhar isso também em uma perspectiva mais ampla.

Voto-Vogal

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - 1. A minha saudação, Senhor Presidente, Ministro Nunes Marques; a minha saudação ao Ministro Relator, Ministro Edson Fachin; ao nosso Decano, Ministro Gilmar Mendes; ao nosso Vice-Decano, Ministro Ricardo Lewandowski; ao nobre representante do Ministério Público Federal, Subprocurador-Geral Doutor Juliano Villa-Verde; aos servidores e aos nobres advogados que nos acompanham nesta Sessão.

2. Acompanhei atentamente não só o voto de Sua Excelência, Senhor Presidente, mas já havia também tido a atenção de ler o voto do eminente Relator, agora, de certa forma, agregado a razões trazidas pelo Ministro Gilmar Mendes, que fará ainda o seu voto de maneira mais exaustiva na sequência.

3. Eu quero dizer que vários dos argumentos trazidos são dotados de fundamentação bastante razoável. A proporcionalidade, de um lado, a razoabilidade; a questão, de outro lado, em relação a uma jurisprudência, que hoje prevalece no Supremo Tribunal Federal, de despenalização, porém não de descriminalização, o que ainda está sendo objeto de recurso, como já bem salientado, que aguarda o retorno da vista do Ministro Alexandre de Moraes.

4. Várias questões de política criminal, ademais de questões propriamente legais e constitucionais, também estão no entorno dessa discussão.

5. Eu concordo quando o Ministro Gilmar Mendes ressalta o problema hoje do encarceramento. Algumas medidas adotadas por este Tribunal têm contribuído já para tratar desse assunto. Lógico que ainda não na extensão da complexidade do problema, como no caso dos limites que o Tribunal recentemente trouxe na questão da prisão provisória, trazendo justificativas mais consentâneas a esse instituto.

6. Ressalto que não se discute aqui hoje – ao contrário, está pacificada – a não penalização, em termos de privação da liberdade, desse tipo de conduta do uso. Acho que já há um consenso. A própria alteração legislativa trazida pelo Congresso Nacional já é um enunciado desse consenso social da inconveniência da privação da liberdade pelo uso. No entanto, eu quero registrar que, realmente, parte do nosso problema está no encarceramento – eu diria – de crimes até mais leves, como o furto, outros tipos de crimes, onde, conforme a circunstância, essas pessoas com menor grau de periculosidade acabam sendo, de certa forma, usadas e inseridas no contexto de organização criminosa violenta.

8. No entanto, também – isso não é uma questão jurídica, mas é uma questão a ser debatida em sede de política criminal –, as consequências sociais do próprio uso da droga: na violência doméstica, na violência contra a mulher, na violência contra idosos, na violência contra crianças e adolescentes. E, repito, não estou aqui a justificar a privação da liberdade, mas também reflexos sociais do uso indevido de drogas ilícitas.

9. No contexto atual, considerando ainda estar em discussão a questão da descriminalização, no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, a leitura que eu faço é consentânea à definição jurisprudencial já assentada de despenalização, o que não significa que a natureza jurídica criminal da conduta ainda seja tratada no âmbito do Direito Penal, e, nos termos do art. 63, a reincidência é em função do cometimento de um novo crime. Então, por força desse dispositivo, sem retirar a fundamentação, a boa fundamentação no tocante à desproporcionalidade – é algo realmente a ser debatido –, mas que passa, a meu sentir, por uma avaliação no âmbito da discussão da descriminalização da conduta.

10. Então, nesse sentido, acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro Presidente Nunes Marques, voto no sentido de dar provimento ao recurso do Ministério Público e desprover, portanto, o recurso ordinário em habeas corpus.

É como voto, Senhor Presidente.

Ministro André Mendonça

Observação

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhor Presidente, boa tarde! Cumprimento Vossa Excelência e, na pessoa do eminente Presidente desta Segunda Turma, cumprimento todos os demais presentes.

Senhor Presidente, eu tenho convicção firmada de longa data quanto à questão agora ventilada pelo eminente Ministro Gilmar Mendes no tocante àquilo que eu denominava, quando estava à testa do Conselho Nacional de Magistratura, que é exatamente a vigência, no Brasil, de uma cultura do encarceramento. Nós precisamos, e já precisávamos há muito tempo, fazer um movimento no sentido inverso. Crimes que não são graves, crimes que não atentem contra a vida, a segurança, a integridade física das pessoas não devem ser objeto de encarceramento.

A nossa situação prisional é absolutamente caótica. Ela configura, como já disse em outras ocasiões, um verdadeiro inferno de Dante. Houve um momento em que um Ministro da Justiça, em nosso País, comparou as prisões brasileiras a verdadeiras masmorras medievais. Portanto, penso que não é por questões, data vênia, menores, do ponto de vista da persecução penal, que um ser humano deva ser encarcerado, sobretudo nas condições que prevalecem em nosso sistema prisional.

Eu observo também que há um movimento interessante no mesmo sentido. Eminente Ministro André Mendonça, Vossa Excelência, que tem uma sensibilidade toda especial pelo ser humano, especialmente tendo em conta toda uma atividade paralela que Vossa Excelência cultiva na área religiosa, há um movimento convergente ou paralelo, digamos assim, no que diz respeito à psiquiatria brasileira, à reforma das instituições psiquiátricas brasileiras, em que se fala num movimento de desmanicomialização, ou seja, aquelas patologias menores, aqueles doentes mentais que, no seu cotidiano, não têm, por sua ação, o condão de colocar em risco terceiras pessoas não devem ser internados em manicômios.

Então, eminente Presidente, prezados pares, penso que essa discussão se insere um pouco dentro desse contexto.

Verifico realmente que o art. 28 da Lei 11.343/2006 promoveu, eu diria, uma descriminalização desta conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Porque, embora o dispositivo penal fale em penas, na verdade, são, diria até, tratamentos com relação a esse infrator, para que ele não vulnere mais a legislação. Quais são as cominações que o dispositivo legal abriga? "I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo". Estas são as chamadas "penas" que o art. 28 estabelece.

Eu, então, vejo que o legislador expressamente rechaçou o encarceramento do usuário de substância entorpecente.

Voto

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (VOGAL) - Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão monocrática do relator, Ministro Edson Fachin, que concedeu a ordem, em menor extensão, para

> determinar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que refaça a dosimetria da pena imposta ao paciente G.R.O. no processo criminal 0001409- 90.2017.8.26.0559, abstendo-se de proceder à valoração negativa com base em anteriores registros relacionados à infração ao art. 28 da Lei 11.343/2006, bem como avaliando eventual repercussão no regime prisional e na causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (e-doc. 5)

Os argumentos centrais do recorrente são os seguintes: (i) "a redação do art. 28 da Lei de Drogas não representou descriminalização das condutas nele definidos, mas tão somente a despenalização de tais condutas"; (ii) "uma vez que não houve abolitio criminis da conduta de posse de drogas para consumo pessoal, permanecem todos os efeitos da condenação do agente no respectivo tipo penal, incluindo a reincidência e antecedentes".

Ao final, pede a

> [...] reconsideração da decisão ora combatida, proferida pelo Senhor Ministro Relator, para negar conhecimento ao *habeas corpus* ou denegar-lhe a ordem.
>
> Todavia, se assim não entender Vossa Excelência, requer este Órgão Ministerial que seja o presente Agravo Regimental apresentado aos Senhores Ministros componentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, com o propósito de que se manifestem sobre o mérito, cujo provimento desde logo se requer, nos termos anteriormente expostos (e-doc. 10).

Iniciado o julgamento no Plenário Virtual, o relator negou provimento ao recurso, tendo sido acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes. O Ministro Nunes Marques pediu destaque.

No início da sessão presencial, o Ministro Nunes Marques pediu vista dos autos (e-doc. 12).

É o relatório, naquilo que importa.

Bem reexaminados os autos, acompanho o voto do relator, Ministro Edson Fachin. Vejamos.

A questão central consiste em saber se, no momento da dosimetria da pena, a condenação anterior imposta ao paciente como incurso na figura tipificada no art. 28 da Lei de Drogas – porte de substância entorpecente para uso próprio – tem o condão de gerar a reincidência para o agravamento da pena imposta.

Pelo que se colhe dos autos, o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado. A sentença condenatória foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (e-doc. 1)

Transcrevo, desde logo, fragmentos da sentença condenatória no ponto que interessa para o julgamento deste recurso:

> [...] Passo ao cálculo da pena. Fixo a pena-base, na forma do art. 59 do Código Penal, em 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa, em virtude dos maus antecedentes (págs. 197/198). **Na segunda fase da dosimetria aumento a pena em 1/6, em razão da reincidência (pág. 198)**, resultando da operação a pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, e 680 dias-multa [sic]. Na terceira fase nada há que ser considerado. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena ou a sua suspensão condicional, por ser insuficiente para a reprovação da conduta, observando-se, no caso dos autos, que os maus antecedentes, bem como a reincidência, além da quantidade de entorpecente, fazem afastar a incidência do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006. De qualquer forma, o delito de tráfico, erigido à condição de equiparado a hediondo, é, ressalvada a posição contrária, ontologicamente incompatível com tais benesses legais. O crime de tráfico de drogas é de extrema gravidade por atentar contra a saúde pública e disseminar o vício, contribuindo efetivamente para a degradação da pessoa, da família e da sociedade. Por esse motivo, o legislador constitucional, determinou que tivesse tratamento rigoroso (art. 5º, XLIII, da Constituição Federal). Em razão da pena aplicada e do período de prisão processual até o momento, inviável a aplicação do art. 387, § 2º, do CPP. Por tais motivos a manutenção da prisão se faz necessária. Assim, denego ao réu o direito de recorrer em liberdade, por ainda persistirem os motivos que autorizaram a manutenção de sua custódia provisória. Ante o exposto, diante do mais que dos autos consta, julgo procedente a denúncia, e em consequência condeno o acusado G.R.O., qualificado nos autos e portador do RG 45.198.481- X, à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no mínimo legal, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções previstas no art. 33, 'caput', da Lei nº 11.343/2006" (e-doc. 1 – f. 17/18 – grifei).

Pois bem. Diferentemente do entendimento placitado pelas instâncias judiciais de origem (nos termos do cotejo entre a página reportada na sentença condenatória como ensejadora da reincidência e a folha de antecedentes criminais do paciente), penso que a condenação anterior pelo ilícito previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006 não enseja reincidência.

Confira-se, de saída, a redação do citado instituto:

> Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
>
> I - advertência sobre os efeitos das drogas;
>
> II - prestação de serviços à comunidade;
>
> III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Isso porque, com o advento da Lei 11.343/2006, houve significativa alteração no tratamento penal do usuário e do dependente químico. Tanto que, por meio do referido dispositivo legal, o legislador expressamente rechaçou o encarceramento do usuário de substância entorpecente, na medida em que, como é cediço, não terá qualquer benefício à saúde individual ou à coletividade pública.

A intenção do legislador, ao atenuar as reprimendas penais, foi justamente a de impor ao usuário medidas de caráter educativo, objetivando, assim, alertá-lo do risco de sua conduta para a saúde própria e a de terceiros, além de evitar a reiteração do delito.

Dito de outro modo, o agente portador de tais substâncias deixou de ser considerado um criminoso, passando, ao revés, a ser visto como um usuário ou dependente químico que necessita de ajuda estatal para tratamento, prevenção e reinserção social. Evidente, portanto, a descriminalização da simples posse de drogas para uso pessoal.

Assim, se o legislador excluiu a cominação de pena privativa de liberdade para a figura do art. 28 da Lei de Drogas, não parece lógico - nem tampouco razoável – que a condenação anterior repercuta negativamente na dosimetria. Vale dizer, a conclusão do magistrado de origem de que a condenação anterior, pelo crime do art. 28 da Lei 11.343/2006, é apta para gerar agravante da reincidência não mostra conformidade com os princípios da legalidade e da razoabilidade.

Rememoro, outrossim, que, nos termos do art. 63 do Código Penal, verifica-se a reincidência "quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior". Por seu turno, a Lei de Introdução ao Código Penal, em seu art. 1º, considera crime a "infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa".

Diante desse cenário, ao não prescrever pena de reclusão ou detenção, o art. 28 da Lei de Drogas não configura crime e, por consequência, não tem a condão de gerar reincidência tipificada no Código Penal.

Outros pontos referentes à temática foram muito bem explicitados pelo relator, inclusive no que concerne à pendência do julgamento do RE 635.659/SP, que trata da questão da constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, *verbis*:

> [...] Sob essa ótica, conquanto não ultimado o julgamento do RE 635.659 (Relator Gilmar Mendes) que discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, não se afigura razoável permitir que uma conduta que possui vedação legal quanto à imposição de prisão, a fim de evitar a estigmatização do usuário de drogas, possa dar azo à posterior configuração de reincidência.
>
> Com efeito, além de aparente contrariedade com a própria teleologia da Lei 11.343/2006, no que diz respeito à forma de tratamento que deve ser conferida ao usuário de drogas, deve- se ponderar ainda que a reincidência depende, segundo consolidada jurisprudência desta Corte,

da constatação de que houve condenação criminal com trânsito em julgado, o que, em grande parte dos casos de incidência do art. 28 da Lei 11.343/2006 não ocorre.

A rigor, constatada a infração ao art. 28 da Lei 11.343/2006, tem-se, in continenti, a lavratura de termo circunstanciado, com agendamento de audiência de justificação, na qual o juiz advertirá o noticiado acerca dos efeitos nocivos da droga, e determinará o cumprimento das medidas previstas em Lei, que após cumpridas, ensejarão a extinção do processo. Nessa hipótese encerra-se o feito portanto, antes mesmo do julgamento do mérito e não há prolação de sentença penal condenatória propriamente dita.

Assim, tecnicamente, não há como considerar tal decisão como ensejadora de posterior reincidência. O procedimento, em verdade, muito mais se assemelha ao da transação penal, e a decisão que dele resulta, por consolidada jurisprudência desta Corte tem natureza meramente homologatória, porque não há efetivo juízo de valor acerca da reprovabilidade da conduta processada. Portanto, em casos tais, deve-se emprestar ao anterior registro de incidência no art. 28 da Lei 11.343/2006, semelhante valor ao que se dá à anotação de anterior cumprimento de transação penal, que consoante entendimento consagrado no julgamento dos RE 795.567, rel. Min. Teori Zavascki e RE 602.072 QO-RG, rel. Min. Cezar Peluso, ambos em sede de repercussão geral (temas 187 e 238, respectivamente), não possui o condão de gerar posterior reincidência.

No mais, ainda que se pondere a possibilidade de não comparecimento espontâneo ou descumprimento pelo noticiado, a demandar a efetiva propositura de denúncia pelo parquet, o juiz, ao cabo da instrução criminal, poderá, quando muito, impor alguma das medidas não restritivas de liberdade previstas no art. 28 da citada lei. Não haverá, porém, efetiva dosimetria da pena, ao menos não no modelo tradicional e trifásico de dosagem da reprimenda, porque sob o usuário, segundo preconizado a teleologia da norma, não recai juízo de censura de natureza penal, mas mera advertência, sanções de cunho educativo ou admoestação e multa, a fim de que cumpra o determinado.

Tal se infere da própria leitura do dispositivo da decisão emanada nos autos 3007126-20.2013.8.26.0576, que ensejou configuração da reincidência no caso concreto, na qual o Juízo originário consignou 'Ante o exposto, julgo procedente o pedido para aplicar ao réu G.R.O. a medida de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 02 (dois) meses, em local e condições a serem estabelecidos em sede de execução, por infração ao art. 28 da Lei nº 11.343/06' (sem os grifos do original).

Nesse cenário, no julgamento do HC 170.906/DF, de minha relatoria, ancorado na manifestação do *Parquet*, assentei que:

[...] - Para o delito do art. 28 da Lei 11.343/2006 são cominadas as seguintes penas, a serem aplicadas isolada ou cumulativamente, primordialmente voltadas ao tratamento do usuário ou dependente químico: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comuni-

dade, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.- Ademais, conforme artigo 48, § 1º, da Lei 11.343/06, as condutas descritas no artigo 28 são consideradas infrações de menor potencial ofensivo e foram incluídas na competência dos Juizados Especiais Criminais: "O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais".- Em resumo, a necessária interpretação restritiva da agravante e o princípio da proporcionalidade não permitem que uma condenação anterior por crime de menor potencial ofensivo, para o qual não são cominadas penas privativas da liberdade, possa ensejar reincidência para fins de exasperação da pena em caso de nova condenação.- Por razões semelhantes, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 499/STF: "Não obsta à concessão do 'sursis' condenação anterior à pena de multa", hoje incluída no artigo 77, § 1º, do Código Penal. Cabe lembrar, também, que a condenação por contravenção, não obstante a imposição de pena de prisão, não gera reincidência (e-doc. 10).

Daí porque, ao considerar reincidente em razão de condenação anterior por porte de droga para consumo próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006), o magistrado de origem agiu com desacerto, contrariando entendimento desta Corte.

Isso posto, nego provimento ao agravo regimental interposto pelo *Parquet*.

É como voto.

Voto

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Trata-se de agravo interposto pelo Ministério Público Federal, contra decisão que concedeu a ordem para determinar ao Tribunal de Justiça que refizesse a dosimetria da pena imposta a G.R.O., afastando a desfavorabilidade dos antecedentes quanto à anterior condenação pela prática do crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06.

Naquele momento, o relator assentou: "revela-se desproporcional considerar condenação anterior pela prática de porte de droga para consumo próprio para configurar reincidência e para afastar a incidência do redutor do art. 33, §4º, da Lei de Drogas. Isso porque não há cominação à pena privativa de liberdade". (eDOC 5, p. 8)

Irresignado, o Ministério Público Federal requer seja reconsiderada a decisão, para afastar-se a concessão da ordem ante o reconhecimento de reincidência pela prática anterior do crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas, já que a redação do mencionado dispositivo não representa descriminalização, mas, tão somente, a despenalização de tais condutas.

A PGR sustenta que, persistindo o caráter penal da conduta imputada, não obstante a ausência de imposição de pena privativa de liberdade, importa considerar válida a exasperação da pena-base, à guisa da desfavorabilidade da reincidência, em razão de condenação anterior em tal tipo legal.

Razão não assiste à agravante.

Como bem ressaltado na decisão monocrática do relator, Ministro Edson Fachin, de 20.8.2015, existe ilegalidade a ser reparada pela via do *habeas corpus* quanto à exasperação da pena, na 2ª fase da dosimetria, em razão de suposta reincidência relacionada a anterior registro de ofensa ao art. 28 da Lei 11.343/2006.

Nas palavras do relator, "revela-se desproporcional considerar condenação anterior pela prática de porte de droga para consumo próprio para configurar reincidência e para afastar a incidência do redutor do art. 33, §4º, da Lei de Drogas. Isso porque não há cominação à pena privativa de liberdade." (eDOC 5, p.8)

Nesse sentido, confira-se a fundamentação da decisão monocrática impugnada:

> **As penas previstas para o art. 28 da Lei de Drogas são: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. O descumprimento de quaisquer dessas medidas tampouco implica restrição à liberdade do apenado. Nesse caso, nos termos do art. 28, §6º, da Lei 11.343/06, a consequência poderá ser, sucessivamente, admoestação verbal ou multa. Nesse contexto, se o legislador excluiu a cominação de pena privativa de liberdade para o tipo art. 28 da Lei de Drogas, não parece razoável que condenação anterior repercuta negativamente na dosimetria**. Destaco que, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.672.654/SP, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, a Sexta Turma do STJ, à unanimidade, passou a adotar o entendimento de que "**a consideração de condenação anterior com fundamento no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 para fins de caracterização da reincidência viola o princípio constitucional da proporcionalidade**." Colho do bem lançado voto da Ministra-Relatora (grifei):
>
> "[…] revendo meu posicionamento, tenho que a consideração de condenação anterior com fundamento no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 para fins de caracterização da reincidência viola o princípio constitucional da proporcionalidade. É que, como é cediço, a condenação anterior por contravenção penal não gera reincidência pois o artigo 63 do Código Penal é expresso ao se referir à pratica de novo crime ao dispor: Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. E, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com 'advertência sobre os efeitos das drogas', 'prestação de serviços à comunidade' e 'medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo', mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas. **Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o**

Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal [...] Assim, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que as medidas previstas atualmente, que reconhecidamente não têm apresentado qualquer resultado prático em vista do crescente aumento do tráfico de drogas, tenho que o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência."

Observo, ainda, a existência de precedentes monocráticos desta Suprema Corte nessa linha: HC 179.523, Relator Alexandre de Moraes, DJe 19.12.2019; HC 170.906, Relator Ricardo Lewandowski, DJe 31.05.2019; HC 173725, Relator Ricardo Lewandowski, DJe 22.08.2019 e HC 148353 TA, Relatora Rosa Weber, DJe 14.10.2019. Ante o exposto, considerando que a condenação pelo art. 28 da Lei 11.343/06 foi a única motivação para o agravamento na segunda fase da dosimetria, conforme consta do acórdão do Tribunal local, afasto a reincidência."

No ponto, importante destacar, uma vez mais, meu posicionamento sobre a inconstitucionalidade do tipo penal previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006 (proposta de descriminalização). Quando do julgamento do RE 635.659, com repercussão geral reconhecida, consignei:

[...] A criminalização da posse de drogas "para consumo pessoal" pode repercutir sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas diversas manifestações. Algumas declarações de direito preveem o direito ao desenvolvimento da personalidade de forma expressa. Por exemplo, a Lei Fundamental alemã, em seu artigo 2º, I. O direito de personalidade em geral, previsto no referido dispositivo, não está limitado a determinados domínios da vida. Tal como acontece com a dignidade da pessoa humana, protege menos o particular em sua atuação do que, pelo contrário, na sua qualidade de sujeito. Aplica-se, dessa forma, não a diferentes domínios da vida, mas a diferentes modos de desenvolvimento do sujeito, como o direito à autodeterminação, à autopreservação e à autoapresentação (Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, org. Leonardo Martins, coletânea original Jürgen Schwabe, trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldes Ferreira. Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005). Quanto à autodeterminação, o direito de personalidade em geral garante ao particular determinar, por si próprio, sua identidade. Disso faz parte, entre outras coisas, "o direito de se assegurar da própria identidade e a liberdade de não ser onerado de maneira que afete massivamente a formação e a afirmação da identidade" (Cinquenta Anos, ob. cit, p. 175-176). Em outros ordenamentos jurídicos, da enunciação de vários aspectos da personalidade protegidos, deduz-se o direito geral da personalidade. Nossa Constituição consagra a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Deles pode-se extrair o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação [...] A proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado pode ser atalhada, dessa

forma, com a invocação do princípio da liberdade geral, que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional, e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo, tão larga quanto possível, no quadro dos diversos valores constitucionais. É sabido que as drogas causam prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor. Ainda assim, dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação [...] O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário. Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita. Esses efeitos estão muito afastados da conduta em si do usuário. A ligação é excessivamente remota para atribuir a ela efeitos criminais. Logo, esse resultado está fora do âmbito de imputação penal. A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da incriminação da autolesão. E a autolesão é criminalmente irrelevante [...] A criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Está-se a desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde. Não chego ao ponto de afirmar que exista um direito a se entorpecer irrestritamente. É perfeitamente válida a imposição de condições e restrições ao uso de determinadas substâncias, não havendo que se falar, portanto, nesse caso, em direito subjetivo irrestrito. Cabe registrar que, com esse mesmo entendimento, a Corte Constitucional alemã negou, em 1994, no julgamento do caso Cannabis, a existência de semelhante direito (*Recht zum Rausch*), afirmando, com isso, a viabilidade da criminalização do tráfico de cannabis sativa (BverfGE 90,145, 9.3.1994). Também explicitou que o art. 2,I, da Lei Fundamental alemã, assegura o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, mas que o uso de drogas, em especial graças à forte repercussão social que tem, não pode estar nele incluído. Não haveria, assim, um direito a "ficar intoxicado" ("*Recht auf Rausch*") assegurado pela Lei Fundamental. O Tribunal considerou, todavia, que casos envolvendo posse, compra ou importação de pequenas quantidades de maconha para uso eventual devem ser desconsiderados pela insignificância de culpa e da proporção do dano causado. De forma resumida, o §31 da lei alemã sobre narcóticos ("*Betäubungsmittelgesetz*") estabelece que a posse de pequenas quantias de drogas pode não ser criminalizada, exceto em caso de interesse público, e autoriza os promotores a encerrar o caso sem consultar o Judiciário. Ainda que se afirme que a posse de drogas para uso pessoal não integra, em sua plenitude, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, isso não legitima que se lance mão do direito penal para o controle do consumo de drogas, em prejuízo de tantas outras medidas de natureza não penal, como, por exemplo, a proibição de consumo em lugares públicos, a limitação de quantidade compatível com o uso pessoal, a proibição administrativa de certas drogas sob pena de sanções administrativas, entre outras providências não tão drásticas e de questionáveis efeitos como as sanções de natureza penal. Na Espanha, por exemplo, entre as sanções administrativas previstas na legislação, há multas de até 30 mil euros e/ou a suspensão da carteira de motorista. São medidas, como se percebe, bem mais eficazes na contenção do consumo do que a simples aplicação de medidas

> penais sem resultados práticos demonstráveis. Dessa forma, a prevenção do uso indevido de drogas, um dos princípios do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas – art. 4º da Lei 11.343/06 – é uma finalidade estatal válida e pode ser alcançada, com maior eficácia, por meio de um vasto leque de medidas administrativas. Nesse contexto, a criminalização do porte de drogas para uso pessoal afigura-se excessivamente agressiva à privacidade e à intimidade. Além disso, o dependente de drogas e, eventualmente, até mesmo o usuário não dependente estão em situação de fragilidade, e devem ser destinatários de políticas de atenção à saúde e de reinserção social, como prevê nossa legislação – arts. 18 e seguintes da Lei 11.343/06. Dar tratamento criminal a esse tipo de conduta, além de andar na contramão dos próprios objetivos das políticas públicas sobre o tema, rotula perigosamente o usuário, dificultando sua inserção social. A situação ainda é mais grave pela prevalência do consumo de drogas entre os jovens, pessoas em fase de desenvolvimento da personalidade e definição de vida e, por isso, especialmente sensíveis à rotulação decorrente do enquadramento criminal. Da mesma forma, a percepção geral é de que o tratamento criminal aos usuários de drogas alcança, em geral, pessoas em situação de fragilidade econômica, com mais dificuldade em superar as consequências de um processo penal e reorganizar suas vidas depois de qualificados como criminosos por condutas que não vão além de mera lesão pessoal. Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional [...] Afastada a natureza penal das referidas medidas, por meio da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, com o consequente deslocamento de sua aplicação da esfera criminal para o âmbito civil, não é difícil antever maior efetividade no alcance dessas medidas, além de se propiciarem, sem as amarras da lei penal, novas abordagens ao problema do uso de drogas por meio de práticas consentâneas com as complexidades que o tema envolve.

Desse modo, no caso concreto, mostra-se acertada a decisão proferida pelo relator, no sentido de que o juízo de piso deve reavaliar o cálculo da pena, na segunda fase, e analisar possível alteração no regime prisional e no redutor do tráfico privilegiado, desconsiderando a condenação pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 para fins de reincidência.

Com relação aos maus antecedentes, observo que o relator também está correto, já que, no RE 593.818, de relatoria do Min. Roberto Barroso, embora eu tenha divergido, o Plenário deste Tribunal fixou a seguinte tese:

> não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal. Prevaleceu, portanto, a tese de que a valoração desfavorável dos antecedentes do réu não enfrenta os mesmos limites temporais a que está sujeita a caracterização da reincidência.

Pelas razões expostas, acompanho o relator, para negar provimento ao agravo e conceder parcialmente a ordem, para determinar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que refaça a do-

simetria da pena imposta ao paciente no Processo Criminal 0001409- 90.2017.8.26.0559, abstendo-se de proceder à valoração negativa com base em anteriores registros relacionados à infração do art. 28 da Lei 11.343/2006, bem como avaliando eventual repercussão no regime prisional e na causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

É como voto.

Extrato de Ata

Decisão: Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que negava provimento ao agravo regimental, pediu vista o Ministro Nunes Marques. Presidência do Ministro Nunes Marques. 2ª Turma, 9.11.2021.

Decisão: A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Nunes Marques e André Mendonça. Presidência do Ministro Nunes Marques. 2ª Turma, 22.3.2022.

Presidência do Senhor Ministro Nunes Marques. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Edson Fachin e André Mendonça.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho.

Hannah Gevartosky Secretária.