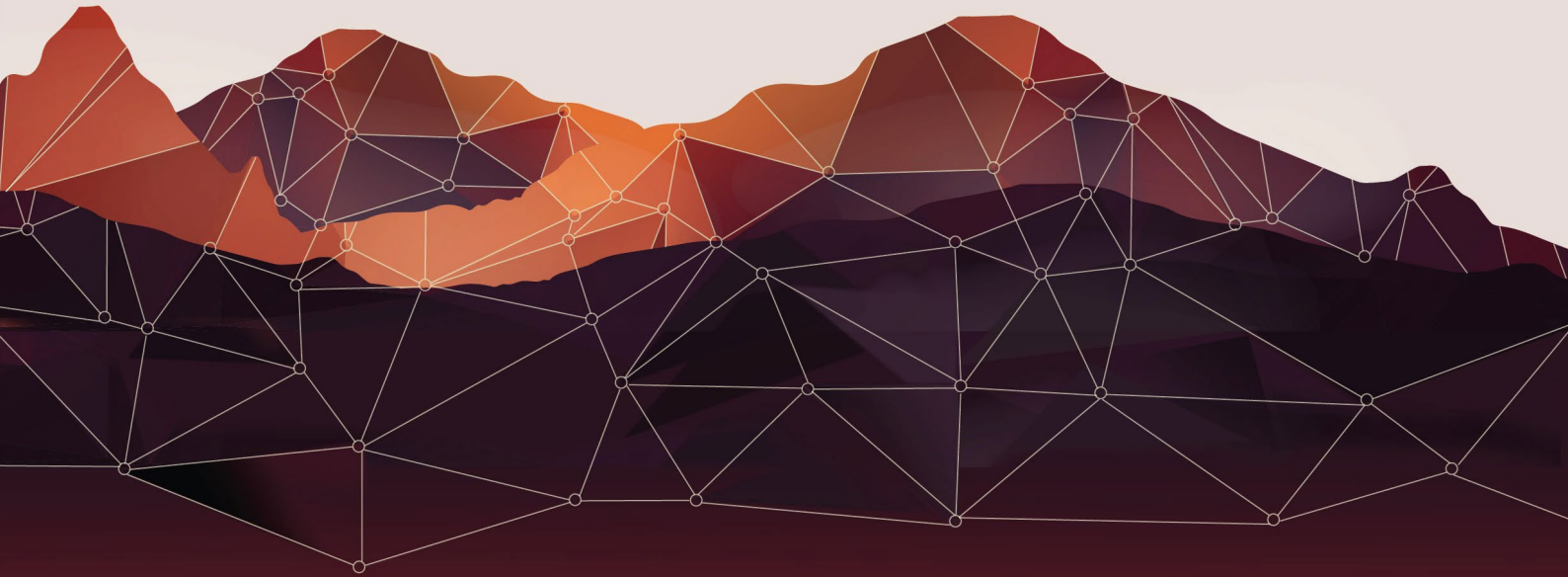
| Revista Eletrônica

Jurisprudência Mineira

Ano 70 | v. 225 | janeiro a junho de 2019



EJEF | TJMG

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

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

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

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

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

Jurisprudência Mineira	Belo Horizonte	a. 70	v. 225	p.1-641	jan./jun. 2019

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Superintendente
Des.ª Áurea Maria Brasil Santos Perez

Superintendente Adjunta
Des.ª Maria Luíza de Marilac Alvarenga Araújo

Coordenador do Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos
Des. Moacyr Lobato de Campos Filho

Juiz Auxiliar da 2ª Vice-Presidência
Juiz de Direito Luís Fernando de Oliveira Benfatti

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

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental
Fernando Rosa de Sousa

Gerente de Jurisprudência e Publicações Técnicas
Thiago Israel Simões Doro Pereira

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

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

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

Projeto Gráfico, Capa e Diagramação: Cristina Baía Marinho - ASCOM/CECOV
Normalização Bibliográfica: EJEF/GEDOC/COBIB

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

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 1 n° 1 1950-2018
Belo Horizonte, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Semestral.
ISSN 0447-1768

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

CDU 340.142 (815.1)

ISSN 0447-1768

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Presidente
Desembargador NELSON MISSIAS DE MORAIS

Primeiro Vice-Presidente
Desembargador JOSÉ AFRÂNIO VILELA

Segunda Vice-Presidente
Desembargadora ÁUREA MARIA BRASIL SANTOS PEREZ

Terceira Vice-Presidente
Desembargadora MARIANGELA MEYER PIRES FALEIRO

Corregedor-Geral de Justiça
Desembargador JOSÉ GERALDO SALDANHA DA FONSECA

Tribunal Pleno

Desembargadores

(por ordem de antiguidade, em 31.01.2019)

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

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

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

Composição de Câmaras em 31.01.2019 - Dias de Sessão

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

** Presidente da Câmara*

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

** Presidente da Câmara*

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

** Presidente da Câmara*

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

** Presidente da Câmara*

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

** Presidente da Câmara*

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

** Presidente da Câmara*

Décima Oitava Câmara Cível Terças-feiras	**Décima Nona Câmara Cível** Quartas-feiras
Desembargadores	**Desembargadores**
José de Anchieta da **Mota e Silva**	Pedro Carlos **Bitencourt Marcondes**
Arnaldo Maciel Pinto	André **Leite Praça**
João Cancio de Mello Junior*	Saulo **Versiani Penna**
Sérgio André da Fonseca **Xavier**	**Carlos Henrique Perpétuo Braga**
Fernando **Vasconcelos Lins**	

** Presidente da Câmara*

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

** Presidente da Câmara*

Quarta Câmara Criminal Quartas-feiras	**Quinta Câmara Criminal** Terças-feiras
Desembargadores	**Desembargadores**
Eduardo Brum Vieira Chaves	**Alexandre Victor de Carvalho**
Fernando Caldeira Brant	**Pedro Coelho Vergara**
Júlio Cezar Guttierrez Vieira Baptista*	**Adilson Lamounier**
Jayme Silvestre **Corrêa Camargo**	**Eduardo Machado** Costa*
Fausto Bawden de Castro Silva	**Júlio César Lorens**
(Juiz convocado)	

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

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

Desembargadores

Nelson Missias de Morais
Presidente

José **Afrânio Vilela**
Primeiro Vice-Presidente

Áurea Maria **Brasil** Santos Perez
Segunda Vice-Presidente

Mariângela Meyer Pires Faleiro
Terceira Vice-Presidente

Otávio de Abreu Portes

Hilda Teixeira da Costa

José Geraldo Saldanha da Fonseca
Corregedor-Geral de Justiça

Estevão Lucchesi de Carvalho

Wilson Almeida Benevides

Mônica Libânio Rocha Bretas

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

Desembargadores

Nelson Missias de Morais
Presidente

Kildare Gonçalves **Carvalho**

Márcia Maria **Milanez**

Antônio Carlos Cruvinel

Wander Paulo **Marotta** Moreira

Geraldo Augusto de Almeida

Caetano Levi Lopes

Luiz **Audebert Delage** Filho

Belizário Antônio **de Lacerda**

José **Edgard Penna Amorim** Pereira

José Carlos **Moreira Diniz**

Paulo Cézar Dias

Edilson Olímpio Fernandes

Armando Freire

José Geraldo **Saldanha da Fonseca**
Corregedor-Geral de Justiça

José **Afrânio Vilela**
Primeiro Vice-Presidente

Áurea Maria **Brasil** Santos Perez
Segunda Vice-Presidente

Wanderley Salgado de **Paiva**

Mariangela Meyer Pires Faleiro
Terceira Vice-Presidente

Moacyr Lobato de Campos Filho

André Luiz **Amorim Siqueira**

Alexandre Quintino **Santiago**

Edison Feital Leite

Renato Luís **Dresch**

Gilson Soares Lemes

Comitê Técnico da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Desembargadores

Áurea Maria Brasil Santos Perez

Maria Luíza de Marilac Alvarenga Araújo

Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa

Kárin Liliane de Lima Emmerich e Mendonça

Moacyr Lobato de Campos Filho

Juíza de Direito

Luís Fernando de Oliveira Benfatti

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas

Ana Paula Andrade Prosdocimi da Silva

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental

Fernando Rosa de Sousa

Comissão de Divulgação da Jurisprudência

Desembargadores

Áurea Maria Brasil Santos Perez

Segunda Vice-Presidente

Armando Freire

Fernando Vasconcelos Lins

José Flávio de Almeida

José Washington Ferreira da Silva

Júlio César Lorens

Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires

Osvaldo Oliveira Araújo Firmo

Rogério Medeiros Garcia de Lima

SUMÁRIO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador José Osvaldo Corrêa Furtado Mendonça
Nota biográfica 12

Cronologia das Comarcas Mineiras
Nota histórica 15

DOUTRINA

As reclamações interpostas em face das decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais e a discussão acerca do órgão judiciário competente para o seu processamento e julgamento
Fabiana Reis Brandão Nunes Carneiro 17

Aspectos procedimentais do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
Armando Ghedini Neto 33

Da cobrança extrajudicial de créditos tributários: o protesto extrajudicial da Certidão de Dívida Ativa como providência alternativa
Samara Fernandes da Cruz Aguiar 48

Regime jurídico da aposentadoria com proventos integrais por invalidez permanente decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável
Rodrigo Martins Faria 57

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Órgão Especial 65

Súmulas 101

Jurisprudência Cível 114

Jurisprudência Criminal 454

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 587

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 604

Desembargador JOSÉ OSVALDO CORRÊA FURTADO MENDONÇA

NOTA BIOGRÁFICA

Desembargador José Osvaldo Corrêa Furtado Mendonça

O Desembargador José Osvaldo Corrêa Furtado Mendonça nasceu a 23 de fevereiro de 1963, em Belo Horizonte. Era filho de Enéas Guimarães Mendonça e Josephina Corrêa Mendonça.

Bacharelou-se em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), em 1987. Concluiu o mestrado em Direito Empresarial, com ênfase em Direito Penal, pela Faculdade de Direito Milton Campos, em 2007.

Ingressou na Magistratura Mineira em 1992, exercendo o cargo de Juiz de Direito nas Comarcas de Carmo do Cajuru (1993), Raul Soares (1995), Passos (1996) e, em Belo Horizonte, a partir de 1998. Na capital mineira, atuou como Juiz Titular da 1ª Vara de Tóxicos (2002), Juiz Presidente da 6ª Turma Recursal Cível do Juizado Especial (2003), além de ter sido Juiz Corregedor do Tribunal de Justiça do Estado de Minas – TJMG (2006). O magistrado foi nomeado Desembargador do TJMG em 27 de maio de 2010.

Na carreira acadêmica, ele foi professor da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG (1996/1998), Faculdade de Direito de Itaúna - Fadir (desde 1988), Universidade Fumec (2004) e professor no Curso de Formação Inicial de Juiz de Direito Substituto da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - Ejef (2005). O Desembargador José Osvaldo foi um dos fundadores da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais - Anamages e participou ativamente da criação da entidade em 2001.

O Desembargador recebeu diversas homenagens ao longo de sua trajetória da Magistratura: Cidadão Honorário da Comarca de Carmo do Cajuru (1995), Medalha de Honra ao Mérito, Polícia Militar do Estado de Minas Gerais (PMMG), em Passos (1996), Cidadão Honorário de Raul Soares (1997), Medalha Desembargador Hélio Costa, pelo TJMG (2000), Medalha de Amigo do Grupo de Ações Táticas e Especiais da PMMG (2004), Medalha Alferes Tiradentes da PMMG (2009), Medalha do Mérito Desembargador Ruy Gouthier de Vilhena (2010), Colar do Mérito Judiciário (2010), Cidadão Honorário da Comarca de Passos e Medalha de Mérito da Polícia Civil Delegado Luiz Soares de Souza Rocha.

O Desembargador José Osvaldo Corrêa Furtado Mendonça faleceu precocemente, no exercício da Judicatura, em 18 em dezembro de 2022, aos 59 anos de idade.

Referências:

ANAMAGES. *Luto*: Anamages perde um de seus fundadores, Desembargador José Osvaldo Corrêa Furtado Mendonça. Belo Horizonte: TJMG, 2022. Disponível em: https://api.anamages.org.br/2022/12/18/noticias/luto-anamages-perde-um-de-seus-fundadores-desembargador-jose-osvaldo-correa-furtado-mendonca/. Acesso em: 24 mar. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). *Lista de Desembargadores*. Belo Horizonte: TJMG, 2023. Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/institucional/magistratura/jose-osvaldo-correa-furtado-mendonca.htm. Acesso em: 24 mar. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). *Nota de pesar*. Belo Horizonte: TJMG, 2022. Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/nota-de-pesar-8ACC80CE-84D74B940185266E0C621908.htm#.ZB3gdnbMKUk. Acesso em: 24 mar. 2023.

Cronologia das Comarcas Mineiras

Andréa Vanessa da Costa Val
Shirley Ker
*Josiane Gabrielle Gonçalves de Freitas1**

Esta "Cronologia das Comarcas Mineiras" destina-se a pesquisadores, estudantes e a todos aqueles que investigam o processo de construção da história do Judiciário Mineiro.

O presente trabalho compila e organiza as informações cronológicas pertinentes às Comarcas Mineiras a partir da obra Comarca de Minas, organizada pela Memória do Judiciário Mineiro e que, em suas aproximadas 1.700 páginas, trata da evolução judiciária do Estado de Minas Gerais.

As 329 comarcas, listadas em tabelas, estão classificadas a partir da data de sua criação e respeitando a ordem alfabética quando criadas em mesma data.

Para uma consulta mais profunda, a MEJUD também disponibiliza, em seu endereço virtual (museudojudiciariomineiro.com.br), uma cronologia em formato descritivo, contendo todas as legislações acerca da criação, instalação, supressão e restauração das Comarcas Mineiras.

* Autoras sob a supervisão do Desembargador Luiz Audebert Delage Filho, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro (MEJUD).

Cronologia das Comarcas Mineiras

A classificação das Comarcas Mineiras foi baseada nos seguintes critérios:

- Data de criação da Comarca;
- Ordem Alfabética quando criada em mesma data.

Cronologia Comarcas de Minas				
Classificação	**Comarca**	**Criação**	**Instalação**	**Supressão**
1º	Ouro Preto (Denominação Anterior: Vila Rica)	1711		
2º	Rio das Velhas (Denominação Posterior: Santa Luzia do Rio das Velhas, Santa Luzia)*	1711		
3º	São João del-Rei (Denominação Anterior: Rio das Mortes)	1711		
4º	Serro (Denominações Anteriores: Serro do Frio, Rio Santo Antônio)	16.03.1720		
5º	Paracatu (Denominações Anteriores: Rio Paracatu, Piracatu)	17.05.1815		
6º	São Francisco (Denominação Anterior: Rio São Francisco) **	03.06.1820		
7º	Juiz de Fora (Denominações Anteriores: Rio Paraibuna, Paraibuna)	30.06.1833		

As reclamações interpostas em face das decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais e a discussão acerca do órgão judiciário competente para o seu processamento e julgamento

Fabiana Reis Brandão Nunes Carneiro[1]

Resumo: O presente estudo analisa qual o órgão judiciário competente para o julgamento das reclamações manejadas contra as decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais quando contrárias à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tendo em vista que, por ser esta reclamação fruto de construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, firmada a partir do julgamento dos EDcl no RE nº 571.572/BA (Pleno, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, *DJe* de 27/11/2009), o Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução 12/2009, regulamentando o seu processamento e julgamento e, posteriormente, a substituiu pela Resolução nº 03/2016, na qual atribuiu aos Tribunais de Justiça a competência para o seu julgamento. Pretende-se sustentar que a Resolução nº 03/2016 é inaplicável e que as reclamações endereçadas aos Tribunais de Justiça estaduais devem ser inadmitidas, com fulcro no acórdão proferido pelo STF e em respeito ao sistema jurídico como um todo.

Palavras-chave: Juizados Especiais Estaduais. Uniformização da legislação infraconstitucional. Recurso. Reclamação. Cabimento. Competência. Julgamento.

Sumário*:* 1 Introdução. 2 Considerações iniciais. 3 Da solução dada pelo Supremo Tribunal Federal para a ausência de controle externo do Superior Tribunal de Justiça sobre as decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais que divergem da interpretação por ele dada à legislação infraconstitucional. 4 Das Resoluções nº 12/2009 e nº 03/2016, ambas do Superior Tribunal de Justiça. 5 O posicionamento adotado pelos Tribunais de Justiça estaduais frente à Resolução nº 03/2016 - STJ. 6 Das incongruências da Resolução nº 03/2016 - STJ. 7 Conclusão.

[1] Servidora Pública efetiva do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG. Assessora Judiciária da 10ª Câmara Cível do TJMG. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC - Fundação Mineira de Educação e Cultura. Pós-graduada em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva em parceria com a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES).

1 Introdução

O presente estudo visa analisar a quem compete o julgamento das reclamações interpostas em face das decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais quando contrárias à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tendo em vista que esta foi fruto de construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, firmada a partir do julgamento dos EDcl no RE nº 571.572/BA (Pleno, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, *DJe* de 27/11/2009), no qual foi ampliado o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, *f*, da Constituição Federal, cuja competência é do Superior Tribunal de Justiça, para fazer prevalecer, até a criação da Turma de Uniformização dos Juizados Especiais Estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional.

O objetivo é promover a análise dos efeitos dessa decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e da Resolução nº 03/2016, editada pelo Superior Tribunal de Justiça, na qual atribuiu aos Tribunais de Justiça a competência para o julgamento dessas reclamações.

Pretende-se sustentar que a Resolução n º 03/2016 é inaplicável e que as reclamações endereçadas aos Tribunais de Justiça estaduais devem ser inadmitidas, com fulcro no acórdão proferido pelo STF e em respeito ao sistema jurídico como um todo.

A metodologia adotada é a pesquisa bibliográfica, com utilização de pesquisa em produções doutrinárias e jurisprudência.

Com tal fim, o artigo foi segmentado em seis capítulos. O primeiro destinado às considerações iniciais sobre a ausência, no microssistema dos Juizados Especiais estaduais, regido pela Lei nº 9.099/95, de meio processual adequado a ser utilizado no caso de o acórdão proferido pela Turma Recursal contrariar o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça. O segundo capítulo apresenta a solução encontrada pelo Supremo Tribunal Federal para sanar a ausência de controle externo do Superior Tribunal de Justiça sobre as decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais que divergem da interpretação por ele dada à legislação infraconstitucional. O terceiro capítulo analisa as Resoluções de nº 12/2009 e nº 03/2016, ambas editadas pelo Superior Tribunal de Justiça em observância ao acórdão do Supremo Tribunal Federal nos EDcl no RE nº 571.572/BA (Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe* de 27/11/2009). O quarto capítulo apresenta o posicionamento adotado por alguns Tribunais de Justiça estaduais frente à Resolução nº 03/2016, a qual atribuiu a estes a competência para o julgamento das reclamações. O quinto capítulo analisa as incongruência existentes na Resolução nº 03/2016 bem como demonstra as suas contradições com o ordenamento jurídico de forma a justificar o quinto e derradeiro capítulo, no qual se infere que a aludida Resolução é inaplicável e que as reclamações em face das Turmas Recursais endereçadas aos Tribunais de Justiça estaduais devem ser inadmitidas, tendo em vista que, com fulcro no acórdão proferido pelo STF e em respeito ao sistema jurídico como um todo, compete ao Superior Tribunal de Justiça o seu processamento e julgamento, até a criação da Turma de Uniformização dos Juizados Especiais Estaduais.

2 Considerações iniciais

O sistema dos Juizados Especiais é composto por 3 microssistemas distintos que são regulados por suas leis próprias: Juizados Especiais Federais, tratados pela Lei nº 10.259/2001, os Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e

Municipal, regulamentados pela Lei nº 12.153/2009 e os Juizados Especiais Estaduais Comuns da Lei nº 9.009/95. Cada um deles possui competência para julgar um determinado tipo de causa, possuindo regras específicas de procedimento.

Diferentemente dos Juizados Especiais Federais e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal, o microssistema dos Juizados Especiais Estaduais não estabeleceu qual o meio processual adequado a ser utilizado no caso de o acórdão proferido pela Turma Recursal contrariar a interpretação dada à lei infraconstitucional pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nos Juizados Especiais Federais e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal, a lei de regência de cada um deles instituiu o procedimento a ser observado para que fosse respeitada a jurisprudência firmada pelo STJ e para que o jurisdicionado tivesse acesso a esta Corte.

Com efeito, nos Juizados Federais, a parte pode formular junto ao STJ o pedido de uniformização de jurisprudência quando a orientação da Turma Nacional de Uniformização contrariar a jurisprudência dominante do STJ ou súmula do STJ (art. 14 da Lei 10.259/01)

Nos Juizados da Fazenda Pública, a parte pode requerer ao STJ a uniformização da jurisprudência quando as Turmas de diferentes Estados derem à lei federal interpretações divergentes ou quando a decisão estiver em contrariedade com súmula do STJ (art. 18 e 19 da Lei 12.153/2009).

A Lei nº 9.099/95, por sua vez, não prevê meio processual adequado nem mesmo órgão uniformizador da jurisprudência para revisar os acórdãos das Turmas Recursais, de forma que seja preservada a interpretação dada à legislação federal infraconstitucional.

É cediço que a Constituição atribui ao Superior Tribunal de Justiça, dentre outras funções de índole constitucional, a prerrogativa de uniformizar a interpretação das normas federais infraconstitucionais.

Todavia, conforme posicionamento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça no enunciado da sua Súmula 203: "Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais."

Tal posicionamento decorre do fato de que a instância recursal dos Juizados Especiais são as Turmas Recursais, as quais são formadas por juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição. E, de acordo com o art. 105, III, da CF, o STJ possui competência para julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou ultima instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal. Logo, por não serem as Turmas Recursais um Tribunal, mas, sim, órgãos colegiados de primeiro grau, incabível, nos termos do disposto na CF, o recurso especial em face de suas decisões.

Assim, diante da lacuna no microssistema dos Juizados Especiais Estaduais e da inviabilidade de interposição do recurso especial, os acórdãos das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais não são submetidos ao controle externo do STJ, pois o jurisdicionado não tem acesso a essa Corte.

Contra as decisões das Turmas Recursais é cabível apenas a interposição de embargos de declaração, no caso de erro, obscuridade, contradição ou omissão (art. 48 da Lei 9.099/95), e recurso extraordinário,

conforme enunciado da Súmula 640, STF (É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível ou criminal.), se o acórdão envolver questão constitucional.

Diante disso, os acórdãos das Turmas dos Juizados Especiais Estaduais passaram a ostentar uma posição de supremacia em relação ao próprio Superior Tribunal de Justiça, visto que, ainda que contrários ao posicionamento perfilhado por essa Corte, eles se perpetuam por não haver meio processual adequado para fazer prevalecer a aplicação da jurisprudência do STJ.

3 Da solução dada pelo Supremo Tribunal Federal para a ausência de controle externo do Superior Tribunal de Justiça sobre as decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais que divergem da interpretação por ele dada à legislação infraconstitucional

Diante da insegurança jurídica criada com a possibilidade da perpetuação de decisões conflitantes e do fato de que a ausência de órgão uniformizador da interpretação da legislação federal para os juizados especiais estaduais pode ensejar a erosão da competência constitucional atribuída ao STJ, o Pleno do STF, no julgamento dos embargos de declaração interpostos no RE nº 571.572-BA, com repercussão geral, buscou solucionar a deficiência do sistema normativo vigente e assegurar a devida prestação jurisdicional.

E, após aceso debate, o Pleno do STF decidiu por acolher os embargos de declaração interpostos no RE nº 571.572-8/BA, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, *DJ* de 14/9/2009[2], declarando *o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da CF*, para fazer prevalecer, até a criação da Turma de Uniformização dos Juizados Especiais Estaduais, a jurisprudência do STJ na interpretação da legislação infraconstitucional.

Com efeito, os Ministros da Suprema Corte, a partir de uma interpretação sistêmica e finalística do art. 105, I, *f*, da Constituição Federal (CR/88) e amparados no fato de que as decisões dos Juizados Especiais Estaduais, no âmbito de sua competência, não podem ser a última palavra na interpretação do direito federal, já que essa missão constitucional foi atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, decidiram ampliar o cabimento da reclamação prevista na Constituição Federal, cuja competência é atribuída ao STJ, para dirimir a divergência entre acórdão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Estaduais e a jurisprudência do STJ, de modo a evitar que existam decisões conflitantes a respeito da interpretação da legislação infraconstitucional no âmbito do Judiciário.

Contudo, ressaltou-se que o cabimento da reclamação constitucional, nessa hipótese, seria excepcional e temporário, enquanto não fosse criada a Turma de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Estaduais.

Impende destacar, ante a pertinência de suas considerações, trecho do voto proferido pela eminente Relatora Ministra Ellen Grace:

> Essa lacuna poderá ser suprida com a criação da turma nacional da jurisprudência prevista no Projeto de Lei 16/2007, de iniciativa da Câmara de Deputados e ora em trâmite no Senado Federal.

[2] Disponível em:< http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606378>. Acesso em: 8 jul. 2019

> Todavia, enquanto não for criada a Turma de Uniformização para os Juizados Especiais Estaduais, poderemos ter a manutenção de decisões divergentes a respeito da interpretação da legislação infraconstitucional federal. Tal situação, além de provocar insegurança jurídica, acaba provocando uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la.
>
> Desse modo, até que seja criado o órgão que possa estender e fazer prevalecer a aplicação da jurisprudência do STJ, em razão da sua função constitucional, da segurança jurídica e da devida prestação jurisdicional, a lógica da organização do sistema judiciário nacional recomenda que se dê à reclamação prevista no art. 105, I, *f*, da CF amplitude suficiente à solução do impasse. [...]
>
> A solução proposta, Presidente, evidentemente é temporária, até que seja a omissão legislativa sanada e seja estabelecida esta turma uniformizadora dos Juizados Especiais. Mas, enquanto isso não ocorre, parece-me que o sistema permite a utilização da reclamação, porque o que estará fazendo o STJ senão resguardando autoridade de uma decisão sua. [...]

A propósito, o acórdão ficou assim ementado:

> Embargos de declaração. Recurso extraordinário. Ausência de omissão no acórdão embargado. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Aplicação às controvérsias submetidas aos Juizados Especiais Estaduais. Reclamação para o superior tribunal de justiça. Cabimento excepcional enquanto não criado, por lei federal, o órgão uniformizador. - 1. No julgamento do recurso extraordinário interposto pela embargante, o Plenário desta Suprema Corte apreciou satisfatoriamente os pontos por ela questionados, tendo concluído: que constitui questão infraconstitucional a discriminação dos pulsos telefônicos excedentes nas contas telefônicas; que compete à Justiça Estadual a sua apreciação; e que é possível o julgamento da referida matéria no âmbito dos juizados em virtude da ausência de complexidade probatória. Não há, assim, qualquer omissão a ser sanada. 2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais. 3. No âmbito federal, a Lei 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização. 4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos Juizados Estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la. 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, *f*, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da Turma de Uniformização dos Juizados Especiais Estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional (STF. RE 571572 ED, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. em 26/8/2009, *DJe*-223 divulg 26/11/2009 public 27/11/2009 ement vol-02384-05 pp-00978 RTJ vol-00216-01 pp-00540).
>
> Cumpre ainda registrar que as consequências jurídicas decorrentes da ausência de controle externo do STJ sobre as decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais foi a matéria de fundo analisada pelo STF no julgamento dos embargos de declaração interpostos no RE nº 571.572/BA.
>
> Contudo, a importância do tema e da necessidade de esclarecimentos para reinar a paz social foi ponderada pela Suprema Corte quando do reconhecimento da repercussão geral da matéria veiculada no

> RE nº 571572/BA tendo sido, também, enfatizada pelo eminente Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento dos embargos de declaração, que assim afirmou:
>
> [...] a questão que se coloca de alguma forma já estava explícita e implícita no RE, porque nele a recorrente, quando trouxe o material ao Supremo, buscava o esclarecimento desse tema, por isso, inclusive o pedido de repercussão geral.

Cabe ter presente, portanto, que a despeito de não ter constado expressamente da tese fixada quando do julgamento do mérito do RE 571.572/BA, a decisão proferida nos embargos de declaração pôs termo à lacuna existente no microssistema dos Juizados Especiais Estaduais, integrando, assim, o cerne da matéria que foi submetida ao regime da repercussão geral.

4 Das Resoluções nº 12/2009 e nº 03/2016, ambas do Superior Tribunal de Justiça

Diante da obrigatoriedade vinculativa do acórdão proferido pelo Pleno do STF no RE 571.572- ED/BA, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Rcl 3.752/GO, editou a Resolução nº 12/2009, visando regulamentar o processamento das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a sua jurisprudência, enquanto não criada a Turma de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal.

Todavia, após vários anos do julgamento dos EDcl no RE nº 571.572/BA pelo Supremo Tribunal Federal, diante da inércia do legislador em dar andamento aos PL nº 16/2007 e PL nº 5.471/2013, ambos buscando a criação da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Estaduais e da enorme quantidade de reclamações apresentadas, a Resolução nº 12/2009 foi revogada pela Emenda Regimental nº 22, de 16/3/2016, tendo o Pleno do STJ, no julgamento da Questão de Ordem proferida nos autos do AgRg na Recl nº 18.506/SP, em 6/4/2016, decidido editar a Resolução nº 03/2016, na qual se atribuiu às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual ou do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Segundo a Resolução nº 03/2016, o Presidente do STJ, considerando o acórdão do Supremo Tribunal Federal nos EDcl no RE 571.572/BA, o art. 2º da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, o art. 927, incisos III e IV, e os arts. 988 a 993 do Código de Processo Civil, bem como o fluxo volumoso de Reclamações no STJ envolvendo Juizados Especiais, deliberou, *in verbis*, que:

Art. 1º Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes.

Art. 2º Aplica-se, no que couber, o disposto nos arts. 988 a 993 do Código de Processo Civil, bem como as regras regimentais locais, quanto ao procedimento da Reclamação.

Art. 3º O disposto nesta resolução não se aplica às reclamações já distribuídas, pendentes de análise no Superior Tribunal de Justiça.

Art. 4º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ocorre que a Resolução, ao delegar aos Tribunais de Justiça dos Estados a competência para o julgamento das reclamações, ressuscitou a discussão sobre a prestação jurisdicional incompleta decorrente da lacuna jurídica existente no microssistema dos Juizados Especiais Estaduais, visto que, novamente, o jurisdicionado não terá acesso à Corte incumbida, pela Constituição Federal, de uniformizar a jurisprudência sobre a legislação infraconstitucional.

5 O posicionamento adotado pelos Tribunais de Justiça estaduais frente à Resolução nº 03/2016

A aplicação da Resolução nº 03/2016 não é pacífica nos Tribunais Estaduais brasileiros. Isso porque alguns Tribunais de Justiça estaduais aceitaram a delegação da competência e passaram a julgar as reclamações. É o caso, por ex., do TJPE, o qual editou a Resolução nº 394/2017, atribuindo à Turma Estadual de Uniformização a competência para o julgamento das reclamações cujas decisões das Turmas Recursais contrariem a jurisprudência do STJ.

Todavia, outros Tribunais, como por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, se recusaram a assumir a competência delegada pelo STJ ao argumento de que a Resolução 03/2006 é inválida.

A propósito:

Reclamação contra decisão da Turma Recursal do Juizado Especial. Violação à autoridade de decisão do STJ. Incompetência desta Primeira Seção, nos termos de aresto proferido pelo Órgão Especial. - O julgamento de reclamação compete, segundo o CPC, ao órgão jurisdicional cuja autoridade se quer garantir. Segundo decisão do Órgão Especial desta Casa, este Tribunal não pode exercitar competência para o fim de julgar reclamação ajuizada contra decisão da Turma Recursal de Juizado Especial, e com a finalidade de garantir autoridade de súmula e recurso repetitivo do STJ. Inconstitucionalidade da Resolução nº 03/2016 do STJ (cf. Incidente de Inconstitucionalidade n.º 1.0000.16.039708-9/001). Remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça (TJMG - Reclamação 1.0000.18.004689-8/000, Rel. Des. Wander Marotta, 1ª Seção Cível, j. em 28/02/2019, p. em 22/3/2019)[3].

Reclamação. Decisão da turma recursal do juizado especial. Violação a autoridade de decisão do STJ. Incompetência. - Nos termos do artigo 988, § 1º, do CPC/15, o julgamento da Reclamação compete apenas ao órgão jurisdicional cuja autoridade se pretenda garantir. Hipótese em que este Tribunal de Justiça não possui competência para julgar reclamação proposta em face de decisão da Turma Recursal do Juizado Especial, para garantir autoridade de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça. Inconstitucionalidade da Resolução nº 03/2016 do STJ reconhecida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no Incidente de Inconstitucionalidade n.º 1.0000.16.039708-9/001. Em se tratando a Reclamação de ação autônoma não sujeita a recursos à jurisdição superior (art. 988, § 1º, do CPC/2015), inexiste hierarquia juris-

[3] Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroUnico=1.0000.18.004689-8/000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>. Acesso em: 16 jun. 2019

dicional que obrigue o TJMG a acatar a decisão de incompetência tomada pelo STJ, cabendo o conflito negativo de competência, nos termos do art. 102, I, o da CR/88. Suscitar conflito negativo de competência (TJMG - Reclamação 1.0000.18.056990-7/000, Rel.ª Des.ª Albergaria Costa, 1ª Seção Cível, j. em 28/8/2018, p. em 21/9/2018)[4].

> Contudo, declinada a competência para o STJ, esta Corte ao receber os autos da reclamação, suscita o conflito negativo de competência ao STF, o qual, entretanto, inadmite o incidente sob o fundamento de que, sendo o STJ órgão de sobreposição, inexiste o conflito de competência entre essa Corte Superior e um tribunal de segundo grau, por estar aquela Corte em posição hierarquicamente superior aos tribunais estaduais. O mesmo ocorre quando o conflito de competência é suscitado pelo próprio Tribunal de Justiça de Minas Gerais.
>
> Lança-se mão da lição do eminente Ministro Celso de Mello no julgamento do Conflito de Competência 8.046/MG, suscitado pela colenda 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: [5]
>
> [...]

Passo a examinar, desde logo, a admissibilidade, perante esta Suprema Corte, do presente conflito de competência.

E, ao fazê-lo, entendo não se revelar processualmente possível a instauração de conflito de competência entre o e. Superior Tribunal de Justiça, de um lado, e o e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, de outro, pelo fato – juridicamente relevante – de que o Superior Tribunal de Justiça qualifica-se, constitucionalmente, como instância de superposição em relação a essa Corte judiciária, exercendo, em face dela, irrecusável competência de derrogação, consoante assinala autorizado magistério doutrinário (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER; Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27. ed. Malheiros, 2011. p. 203-205, item n. 102, v.g.).

Essa compreensão manifestada pela doutrina, por sua vez, reflete-se na jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, cujas decisões, por inúmeras vezes (RTJ 136/583, Rel. Min. Sepúlveda Pertence - RTJ 143/543, Rel. Min. Sepúlveda Pertence - RTJ 143/547, Rel. Min. Carlos Velloso - RTJ 147/929, Rel. Min. Moreira Alves - RTJ 167/95, Rel. Min. Maurício Corrêa - RTJ 196/169, Rel. Min. Marco Aurélio - CC 6.990/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa - CC 7.115/DF, Rel. Min. Celso de Mello - CC 7.575-AgR/RJ, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia - CC 7.594-AgR/RJ, Rel. Min. Celso de Mello - CC 7.978/BA, Rel. Min. Edson Fachin - CC 8.007/BA, Rel. Min. Alexandre de Moraes - CC 8.008/BA, Rel. Min. Luiz Fux - CC 8.010/AL, Rel.ª Min.ª

4 Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.18.056990-7%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> . Acesso em: 16 jun. 2019

5 Ementa: Conflito de competência. Incidente suscitado por Tribunal de Justiça em face do Superior Tribunal de Justiça. Impossibilidade. Conflito de competência não conhecido. Não se revela processualmente possível a instauração de conflito de competência entre o Superior Tribunal de Justiça, de um lado, e os Tribunais de Justiça, de outro, pelo fato – juridicamente relevante – de que o Superior Tribunal de Justiça qualifica-se, constitucionalmente, como instância de superposição em relação a tais Cortes judiciárias, exercendo, em face destas, irrecusável competência de derrogação. Precedentes (STJ. Conflito de Competência 8046/MG. Relator: Ministro Celso de Mello, j. em 3/12/2018; p. em 5/12/18). Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CC%24%2ESCLA%2E+E+8046%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y36qhc54 > Acesso em: 8 jul. 2019.

Rosa Weber, v.g.), já deixaram assentado, no tema, que não há possibilidade jurídico-processual de estabelecer-se conflito de competência entre o Superior Tribunal de Justiça, de um lado, e os Tribunais de Justiça (ou os Tribunais Regionais Federais), de outro:

'– A posição de eminência do Superior Tribunal de Justiça, no plano da organização constitucional do Poder Judiciário, impede que se configure, entre essa Corte e os Tribunais Regionais Federais, qualquer conflito, positivo ou negativo, de competência, ainda que o dissídio instaurado oponha decisão singular do Ministro Relator desse Tribunal de grau superior a pronunciamento emanado de órgão colegiado do Tribunal Regional Federal.

– A situação de hierarquia jurisdicional, que submete as decisões dos Tribunais Regionais Federais à competência de derrogação atribuída pelo ordenamento positivo ao Superior Tribunal de Justiça, descaracteriza a possibilidade jurídico-processual de instaurar-se, entre essas Cortes judiciárias, o incidente tipificador do conflito de competência.' (RTJ 143/550, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno).

E a razão dessa diretriz jurisprudencial é simples: a instauração desse incidente supõe a ocorrência de decisões que somente hajam emanado de órgãos judiciários entre os quais não exista hierarquia jurisdicional, pois, onde esta houver, como se registra no caso ora em exame, mostrar-se-á inviável a suscitação do conflito de competência:

'Conflito de competência. Ação rescisória de julgados do extinto tribunal federal de recursos. Decisão do Superior Tribunal de Justiça que declinou de sua competência para o Tribunal Regional Federal porque a ação se dirigia contra a sentença. Conflito negativo de competência suscitado pelo TRF. - 1. O art. 102, I, *o*, da Constituição Federal deve ser interpretado levando-se em conta que não há, nem pode haver, conflito de competência entre tribunais organizados hierarquicamente, como acontece entre o STJ e os TRFs, entre o TST e os TRTs, entre o TSE e os TREs. Precedentes. 2. Conflito de competência inexistente e, por isso, não conhecido, determinando-se a remessa dos autos ao TRF da 1ª Região para conhecimento e julgamento da ação.' (CC 6.963/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa).

Torna-se relevante destacar, por isso mesmo, que as decisões emanadas dos Tribunais de Justiça – tanto quanto as proferidas pelos Tribunais Regionais Federais – estão sujeitas, em sede recursal ordinária (CF, art. 105, II, *a* e *b*) e em grau de recurso especial (CF, art. 105, III), ao poder de reexame constitucionalmente deferido ao Superior Tribunal de Justiça (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. Saraiva, 1990. item n. 85-v. 1/122), cuja atuação processual em face das Cortes locais e regionais ora mencionadas permite atribuir-lhe a irrecusável condição de verdadeira instância jurisdicional de superposição, a significar que os julgamentos desse Alto Tribunal impõem-se à observância necessária dos Tribunais de jurisdição inferior.

A inviabilidade do presente conflito de competência, em decorrência das razões ora mencionadas, impõe, ainda, uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste ao Ministro Relator competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar.

Cabe acentuar, neste ponto, que eminentes Juízes que compõem esta Suprema Corte têm decidido, monocraticamente, conflitos de competência suscitados em face da mesma situação ora versada nestes autos, deles não conhecendo (CC 7.968/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski - CC 7.982/MG, Rel. Min. Dias Toffoli - CC 8.039/MG, Rel. Min. Alexandre De Moraes, v.g.).

Nem se alegue que tal procedimento implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. Carlos Velloso - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.):

'Poderes processuais do Ministro Relator e princípio da colegialidade

– Assiste ao Ministro Relator competência plena para exercer, monocraticamente, com fundamento nos poderes processuais de que dispõe, o controle de admissibilidade das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal. Pode, em consequência, negar trânsito, em decisão monocrática, a ações, pedidos ou recursos, quando incabíveis, intempestivos, sem objeto ou, ainda, quando veicularem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante na Suprema Corte. Precedentes.

– O reconhecimento dessa competência monocrática deferida ao Relator da causa não transgride o postulado da colegialidade, pois sempre caberá, para os órgãos colegiados do Supremo Tribunal Federal (Plenário e Turmas), recurso contra as decisões singulares que venham a ser proferidas por seus Juízes.' (MS 28.097-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello).

Sendo assim, em face das razões expostas, e considerando, ainda, os precedentes fundados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não conheço, por inviável, do presente conflito de competência.

2. Devolvam-se estes autos ao e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Publique-se.

Brasília, 3 de dezembro de 2018. - *Ministro Celso de Mello* - Relator.

> Noutro giro, verifica-se que, até mesmo nesses Tribunais Estaduais, há decisões em sentido contrário, isso é, que reconhecem a competência que lhes foi delegada pelo STJ e, por isso, admitem e dão prosseguimento às reclamações opostas às decisões dos Juizados Especiais Estaduais que contrariam a jurisprudência do STJ.

Nesse sentido:

> Reclamação. Turma recursal do Juizado Especial. Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais. Juros de mora. Termo inicial. Súmula nº 54 do STJ. Descumprimento. Ofensa à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Procedência. - 1. A reclamação constitui medida judicial destinada a preservar a competência dos tribunais e garantir a autoridade de suas decisões, a fim de se estabelecer a ordem e a segurança jurídica. 2. Consoante o enunciado contido na Súmula nº 54 do STJ, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual. 3. Constatando-se que a Turma Recursal do Juizado Especial contrariou o entendimento consolidado

pelo Superior Tribunal de Justiça, a procedência da reclamação é medida que se impõe. (TJMG - Reclamação 1.0000.16.032293-9/000, Rel. Des. Marcos Lincoln, 11ª Câmara Cível, j. em 15/2/0017, p. em 17/2/2017)6.

6 Das incongruências da Resolução nº 03/2016 - STJ

Analisando detidamente os fundamentos utilizados para a edição da Resolução 03/2016, percebe-se que, a despeito das justificativas apresentadas, o Superior Tribunal de Justiça desrespeitou o precedente vinculativo da Suprema Corte e as disposições do Código de Processo Civil e, de forma inconstitucional, ampliou a competência dos Tribunais de Justiça por meio de uma Resolução, senão vejamos:

Um dos fundamentos da Resolução nº 03/2016/STJ foi o acórdão proferido pelo Pleno do STF nos EDcl no RE 571.572/BA, o qual teve repercussão geral reconhecida e, como dito alhures, admitiu, em caráter excepcional, o cabimento da reclamação constitucional endereçada ao Superior Tribunal de Justiça, enquanto não estivesse criada a Turma de Uniformização dos Juizados Especiais Estaduais.

É cediço que a decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários em regime de repercussão geral vincula obrigatoriamente todos os outros órgãos do Poder Judiciário, dada a sua posição de Corte de superposição e de órgão de cúpula.

De acordo com o ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni, a decisão da Suprema Corte nos casos de repercussão geral "espraia-se para além do caso concreto, constituindo a sua *ratio decidendi* motivo de vinculação tanto para o próprio Supremo Tribunal Federal (vinculação horizontal) como, potencialmente, para os demais órgãos jurisdicionais (vinculação vertical)" (MARINONI, 2007, p. 79).

Partindo dessa premissa, tem-se que, até a instituição, por lei federal, do órgão uniformizador da jurisprudência dos Juizados Especiais Estaduais, a decisão do STF no EDcl no RE 571.572/BA se impõe a todos os órgãos do Poder Judiciário.

E, como a omissão legislativa ainda persiste, o Superior Tribunal de Justiça, ao editar a Resolução nº 03/2016, desrespeita, de forma clara, a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do EDcl no RE 571.572/BA, o qual, repita-se, ampliou o cabimento da reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, cuja competência é do STJ, para a solução do impasse.

É de crucial importância destacar que o fluxo volumoso das reclamações endereçadas ao STJ não é embasamento legal que autorize esta Corte a descumprir o precedente firmado pela Supremo Tribunal Federal, o qual, relembre-se, foi por aquela Corte cumprido, em um primeiro momento, com a edição da Resolução nº 12/2009.

A grande quantidade dessas reclamações, de fato, causa um impacto negativo no funcionamento do STJ. Porém, é exatamente essa quantidade de reclamações que evidencia a necessidade de atuação da Corte de vértice, até a criação do órgão uniformizador, para que, assim, seja preservada a sua competência e a garantia da autoridade das suas decisões.

---

[6] Disponível em:
<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.16.032293-9%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar.>
Acesso em: 16 jun. 2019

Nesse sentido, é o argumento apresentado no voto do Ministro Raul Araújo quando do julgamento da Rcl. 18.506/SP:

> Com base nessas considerações, conclui-se que: (I) a decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal, ainda vigente, obriga a admissão, no âmbito desta Corte Superior, de reclamação contra decisões dos Juizados Especiais, sendo inviável, por isso, cogitar-se de apreciar aqui a inconstitucionalidade (ou decretar-se a nulidade, derivada de inconstitucionalidade) da referida resolução, editada justamente para atender decisão da Corte Suprema; (II) o fato de serem numerosas as reclamações, ao invés de fragilizar sua excepcional admissão, reforça sua necessidade enquanto inexistir o órgão uniformizador de jurisprudência dos juizados especiais no país; [...][7]

Insta acrescentar que a Resolução nº 03/2016 também desrespeita o art. 988, § 1º, do CPC, malgrado tenha se valido dele como um de seus fundamentos. Aludido artigo dispõe, *in verbis*:

> Art. 988. [...]
>
> § 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretende garantir.

Ou seja, se é a competência atribuída ao STJ que se busca preservar através das reclamações interpostas em face das decisões das Turmas recursais que contrariam a sua jurisprudência, não há margem para dúvida de que, de acordo com o §1º do art. 988 do CPC, incumbe ao STJ o julgamento dessas reclamações.

Ademais, como a reclamação está regulamentada pelo NCPC, a Resolução nº 03/2016, que é um ato normativo infralegal, não é capaz de alterar as disposições estabelecidas pela lei federal que atribui ao Tribunal, cuja competência se busca preservar, a competência para o seu julgamento.

Nas lições de Hely Lopes Meirelles (2012, p. 191):

> [...] as resoluções - como se sabe - são atos administrativos normativos que visam a disciplinar matéria de competência específica da autoridade superior ou órgão colegiado, sendo sempre 'atos inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo inová-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicá-los'.

Desse modo, a Resolução nº 03/2016 extrapola os limites decorrentes da sua natureza jurídica de ato normativo infralegal e, de forma indevida, inova o ordenamento jurídico contrariando o disposto na Constituição Federal e nos artigos do Código de Processo Civil que tratam da reclamação.

Destaca-se que, ao contrário do que foi estabelecido pela Resolução nº 01/2016, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos EDcl no RE 571.572/BA, não atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça uma nova competência.

A Corte Suprema, no exercício de sua missão constitucional de intérprete máxima da Constituição Federal, valeu-se da abertura normativa do art. 105, I, *f*, da CF e apenas ampliou, de forma temporária, o cabimento

[7] Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1460801&num_registro=201401318942&data=20160527&formato=PDF> Acesso em: 16 jun. 2019.

da reclamação endereçada ao Superior Tribunal de Justiça, a qual já está prevista na Constituição Federal, para a hipótese de decisões das Turmas Recursais contrárias à jurisprudência do STJ.

Oportuno enfatizar que a decisão tomada pelo STF está amparada no sistema constitucional processual e visa preservar a competência do STJ como órgão de sobreposição e de convergência em matéria infraconstitucional, atribuição, entretanto, que não pode ser cumprida pelos Tribunais de Justiça, ainda que estes possuam o dever de velar pela uniformização da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, leciona Marinoni (2014, p. 242):

> Como se vê, a garantia da autoridade das decisões de um Tribunal Superior, quando visto como uma Corte de interpretação, está precipuamente na garantia da autoridade dos seus precedentes. Contrariar um precedente é negar a autoridade da Corte e, ao mesmo tempo, dela usurpar a função exclusiva de definir o sentido do direito. Um tribunal inferior que nega interpretação definida pelo STJ viola a autoridade de um precedente seu e, ao mesmo tempo, usurpa a sua exclusiva função de definir o sentido do direito federal infraconstitucional. É nessa dimensão que deve ser compreendida, em vista da função que hoje deve ser desenvolvida pelo STJ, a reclamação que pode ser apresentada para a preservação da sua competência e para a garantia da autoridade de suas decisões, nos termos do art. 105, I, *f*, da CF. Uma Corte Superior zela pela sua competência, ou seja, pela exclusividade da sua função constitucional, assim como pela autoridade de suas decisões, quando se volta contra a eficácia de decisão de tribunal inferior que nega precedente da sua lavra.

Além disso, a Resolução nº 03/2016 é claramente inconstitucional, pois amplia a competência dos Tribunais de Justiça por meio de ato normativo infraconstitucional, violando o art. 125, § 1º, da CRFB, já que a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo do Tribunal de Justiça a iniciativa da Lei de Organização Judiciária.

Quanto à inconstitucionalidade da Resolução nº 03/2016, verifica-se que o órgão especial do TJMG, no Incidente de Inconstitucionalidade nº 1.0000.16.039708-9/001, acolheu o incidente, por maioria, declarando a sua inconstitucionalidade, por violar a Constituição Estadual e a Lei de Organização Judiciária. A propósito:

Arguição de inconstitucionalidade. Reclamação. Resolução nº 3, de 2016, do Superior Tribunal de Justiça. Fixação de competência. Divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Julgamento da reclamação pelos tribunais estaduais. Inconstitucionalidade. Incidente acolhido. - 1. De acordo com o art. 96, I, da Constituição da República, compete aos tribunais elaborar seus regimentos internos dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais. 2. O art. 105, I, *f*, da Constituição da República estabelece ser da competência do Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. 3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Embargos de Declaração no RE nº 571.572 - BA, declarou a competência do egrégio Superior Tribunal de Justiça para dirimir a divergência existente entre decisões proferidas pelas Turmas Recursais estaduais e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça até a criação da Turma de Uniformização dos Juizados Especiais Estaduais. 4. Portanto, a Resolução nº 3, de 2016, do Superior Tribunal de Justiça, que fixou a competência das Câmaras Reunidas ou da Seção Especializada dos Tribunais de Justiça para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é inconstitucional. 5. Incidente de

arguição de inconstitucionalidade conhecido e acolhido, para declarar a inconstitucionalidade da Resolução nº 3, de 2016, do Superior Tribunal de Justiça.

V.v. Órgão Especial. Juizados Especiais. Reclamação prevista na Res. 03 do STJ. Ato delegável pelo STJ aos Tribunais de Justiça dos estados. Inconstitucionalidade inexistente. Natureza jurídica da reclamação firmada pelo STF como exercício do 'direito de petição', com nítido caráter administrativo. Incidente rejeitado. - A reclamação, segundo concluiu a Suprema Corte, não é uma ação; não é um recurso; nem é um incidente processual. - A reclamação, conforme definida pelo STF, é um 'remédio processual correcional, de função corregedora' (Jobim). Se assim é, porta ela natureza e origem administrativas, cuja finalidade é a de ordenar e possibilitar que, de maneira mais célere, esse 'procedimento' seja implementado para atuar como uma espécie de 'garantia' da autoridade da decisão que se aponta como descumprida. - Não se trata, como se vê, de regras de processo, pois são '[...] normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual'. - No caso da reclamação há uma finalidade quase burocrática, que visa 'corrigir' procedimentos inadequados e conectados à organização judiciária. – 'Nessa linha, nada mais compatível com essa imposição de dever de observância da jurisprudência pacificada do STJ e de sua Súmula que haja uma delegação aos Tribunais estaduais, do mencionado dever de vigilância jurisprudencial, no âmbito dos respectivos Juizados Especiais, por meio da reclamação instrumento processual escolhido pelo STF para suprir o vazio legal -, solução que continuaria a atender a orientação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do EDcl no RE 571.572/BA, sem, contudo, onerar apenas este Tribunal Superior. Nessa toada, proponho que as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e a jurisprudência do STJ, suas súmulas ou orientações decorrentes de julgamentos de recursos repetitivos sejam oferecidas e julgadas pelo Órgão Especial dos Tribunais de Justiça ou, na ausência deste, no órgão correspondente, temporariamente, até a criação das Turmas de Uniformização, observado, no [...] (TJMG - Arg. Inconstitucionalidade 1.0000.16.039708-9/001, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, Órgão Especial, j. em 10/5/2018, p. em 15/6/2018)[8].

Diante das incongruências narradas, verifica-se que a edição da Resolução nº 03/2016 representa o rompimento da própria estrutura da organização judiciária brasileira, visto que nem mesmo o Superior Tribunal de Justiça, que é uma Corte Superior, se vê obrigado a respeitar a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da Justiça brasileira. Viola-se, portanto, todo o sistema jurídico e o próprio Estado de Direito.

Assim, em respeito à lógica do sistema judiciário nacional, como a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Estaduais ainda não foi criada, a decisão proferida pelo STF nos embargos de declaração interpostos no RE 571.572/BA está vigendo e se sobrepõe a todas as Justiças e ao próprio Superior Tribunal de Justiça, dada a posição de eminência da Suprema Corte no plano da organização constitucional do Poder Judiciário.

Desse modo, mostra-se irrecusável concluir que as reclamações interpostas perante os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal são manifestamente inadmissíveis, uma vez que, por ora, a via própria para o controle da competência dos Juizados Especiais é a reclamação dirigida ao STJ, consoante decisão do

[8] Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.16.039708-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 16 jun. 2019

STF, a qual conferiu à reclamação prevista no art. 105, I, *f*, da CF a amplitude necessária para a solução do impasse decorrente da deficiência normativa existente no microssistema dos Juizados Especiais Estaduais.

7 Conclusão

Diante da existência de omissão na Lei 9.099/95 acerca de qual o meio procedimental a ser adotado quando a decisão proferida pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais contrariarem a jurisprudência do STJ, o STF foi obrigado a sanar a lacuna existente para afastar a insegurança jurídica criada com a possibilidade da perpetuação de decisões divergentes da jurisprudência do STJ e da erosão da competência desta Corte.

No julgamento dos EDcl no RE 571.572/BA submetido ao regime da repercussão geral, o STF declarou o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, *f*, da CF, para fazer prevalecer, até a criação da Turma de Uniformização dos Juizados Especiais Estaduais, a jurisprudência do STJ na interpretação da legislação infraconstitucional.

O STJ, em atendimento à decisão do STF, editou a Resolução nº 12/2009, regulamentando o processamento da reclamação manejada em face das decisões da Turma Recursal de Juizado Especial Estadual.

Ocorre que, passados vários anos da decisão do STF e, diante do grande volume das reclamações e da não criação por lei federal da Turma de Uniformização de Jurisprudência, a Resolução nº 12/2009 foi revogada pela Emenda Regimental nº 22, de 16/3/2016, tendo o Pleno do STJ, no julgamento da Questão de Ordem proferida nos autos do AgRg na Recl nº 18.506/SP, em 6/4/2016, decidido editar a Resolução nº 03/2016, delegando ao Tribunal de Justiça a competência para a apreciação dessas reclamações, que são oriundas da construção jurisprudencial da Suprema Corte.

Contudo, as incongruências da Resolução nº 03/2016 inviabilizam o seu cumprimento pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal. Isso porque a Resolução nº 06/2016 desrespeita o precedente vinculativo do STF bem com as disposições do NCPC e, de forma inconstitucional, amplia a competência de Tribunal de Justiça por meio de uma resolução, que é um ato infralegal.

Assim, em respeito à lógica do sistema judiciário nacional, como a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Estaduais ainda não foi criada, a decisão proferida pelo STF, nos embargos de declaração interpostos no RE 571.572/BA, está vigendo e se sobrepõe a todas as Justiças e ao próprio Superior Tribunal de Justiça, dada a sua posição de eminência dentro do Poder Judiciário.

Desse modo, mostra-se irrecusável concluir que as reclamações interpostas perante os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal são manifestamente inadmissíveis, uma vez que, por ora, a via própria para o controle da competência dos Juizados Especiais é a reclamação dirigida ao STJ, consoante decisão do STF, a qual conferiu à reclamação prevista no art. 105, I, *f*, da CF/88 a amplitude necessária para a solução do impasse decorrente da deficiência normativa do sistema do Juizado Especial Estadual.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.009/95, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1995]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 18 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília. [2001]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm> Acesso em: 18 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República [2009]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm>. Acesso em: 18 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2009]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

Houaiss, L. P. Z., & Miranda, F. G. de, Netto (2018). Reclamação e juizados especiais cíveis: da consolidação normativa à alteração de competência pela Resolução nº 3/2016 do STJ. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 55(219), 75-102. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p75> Acesso em: 15 jun. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 03, de 07 de abril de 2016. Dispõe sobre o processamento, no Superior Tribunal de Justiça, das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/99321/Res%20_3_2016_PRE.pdf. >Acesso em: 15 jun. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 12, de 14 de dezembro de 2009. Dispõe sobre o processamento, no Superior Tribunal de Justiça, das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte. Disponível em: < https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/26389/Res_12_2009_PRE.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 16 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 16 jun. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Jurisprudência. Disponível em: < https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em: 16 jun. 2019.

• • •

Aspectos procedimentais do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Armando Ghedini Neto[1]

1 Introdução

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o IRDR, é uma espécie do gênero "Julgamento de Casos Repetitivos", conforme prevê o art. 928 do Código de Processo Civil, e se insere dentro da regra de que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Espera-se, com a uniformização jurisprudencial, que seja alcançada uma sedimentação da interpretação de determinado assunto, seguindo os princípios constitucionais e a garantia e defesa do Estado Democrático de Direito.

Para Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro Cunha (2018, p. 689), "o objetivo do IRDR e dos recursos repetitivos é conferir tratamento prioritário, adequado e racional às questões repetitivas. Tais instrumentos destinam-se, em outras palavras, a *gerir e decidir os casos repetitivos*".

Segundo o art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, a "administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]". Conclusão lógica da inexistência de ressalva expressa no Texto Constitucional seria a de que o princípio da eficiência deve ser aplicado a todas as funções jurídicas do Estado, notadamente, na função jurisdicional. Como se não bastasse, o texto constitucional faz expressa menção a "qualquer dos Poderes", o que reforça a sua aplicação ao Judiciário.

A demora na prolação de decisões no âmbito da jurisdição faz com que vários dos direitos não sejam concretizados, frustrando diversos anseios das partes e da sociedade como um todo. A duração razoável do processo é um dos temas que mais intriga os estudiosos do Direito e não pode ser considerada apenas como uma soma aritmética de prazos processuais.

A litigiosidade em massa ou de alta intensidade é um dos responsáveis pelo abarrotamento das vias jurisdicionais, fazendo com que outros direitos caracterizadores da litigiosidade individual ou *de varejo* demorem para serem apreciados. Litigiosidades de massa são aquelas: "Embasadas prioritariamente em direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa" (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2009, p. 20).

Nessa medida, e buscando assegurar a observância dos princípios da isonomia e da razoável duração do procedimento, sentiu-se a necessidade de criação de uma técnica de resolução de questões recorrentes, seja de direito material, seja de direito processual.

[1] Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais, Mestre em Direito Processual pela PUC Minas e Pós-Graduado em Direito Público pelo CAD.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é difundido como um mecanismo que busca evitar a quebra de isonomia e segurança jurídica, com a apreciação uniformizada de determinada questão de Direito. Essa é inclusive a intenção declarada pelo art. 988 do Código de Processo Civil, *in verbis*: "É admissível o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito. […]".

Também é importante ressaltar outro fundamento para a criação de incidentes de julgamento de casos repetidos, senão vejamos. O neoliberalismo é um paradigma em que o capital é livre, inclusive, para acabar com as liberdades daqueles que se sustentam do próprio trabalho. Trata-se da "ditadura do grande capital financeiro", sobrepondo-se sobre o capital produtivo (NUNES, 2016, p. 122-123). Nele, é necessária uma flexibilidade das relações de trabalho e uma moderação salarial, de modo a propiciar uma rápida reação econômica, com a mudança dos mercados, e a garantir uma competitividade (NUNES, 2016, p. 74). Para Nunes, "o neoliberalismo é o capitalismo na sua essência de sistema assente na exploração do trabalho assalariado, na maximização do lucro, no agravamento das desigualdades" (NUNES, 2016, p. 123).

Ainda no que se refere ao Estado, o neoliberalismo rejeita as políticas públicas que pretendam o aumento do número de empregos ou a sua manutenção. Além disso, as políticas públicas não devem ser conduzidas no sentido do consumo de massas, do investimento público, mas apenas aquelas medidas de incentivo ao investimento privado, tais como "baixa das taxas de juros, redução do imposto sobre os lucros das empresas, redução das contribuições patronais para a segurança social, subsídios a fundo perdido aos investidores, flexibilização da legislação laboral…" (NUNES, 2016, p. 81). Ou seja, o Estado deve continuar fornecendo condições para que o setor privado continue comandando a economia (NUNES, 2016, p. 81). As liberdades existentes no paradigma neoliberal não são aquelas relacionadas aos direitos fundamentais, mas a liberdade de circulação de pessoas, bens, produtos e capitais, ou seja, a liberdade do grande capital financeiro (NUNES, 2016, p. 81).

No final da década de 1980, os órgãos financeiros mundiais pressionaram o Brasil, entre outros países da América do Sul, a adotarem novas tendências de caráter liberal, mediante um conjunto de práticas que buscavam um "ajustamento macroeconômico" (NUNES, 2012, p. 157).

Essa tendência socioeconômica influiu diretamente na estruturação do processo. Embora o paradigma adotado pelo Brasil seja o democrático de direito, as ideologias, as tendências e as influências neoliberais, trazidas e impostas, implícita ou explicitamente, deturpam o sistema, fazendo com que os operadores do Direito em geral não atentem para o real sentido das mudanças, comprando ideias prontas e as aplicando sem um estudo mais aprofundado e reflexivo.

Para o neoliberalismo, seria preciso a criação e a ampla aceitação de um modelo processual que não apresentasse qualquer risco para os interesses econômicos e políticos do mercado, sem apresentar condições para uma perspectiva socializante e de real implementação e proteção dos direitos fundamentais. Sobre o tema:

> Ademais, o modelo defendido deveria assegurar: a) uma uniformidade decisional que não levaria em consideração as peculiaridades do caso concreto, mas asseguraria alta produtividade decisória, de modo a assegurar critérios de excelência e de eficiência requeridos pelo mercado financeiro; e/ou b) defesa da máxima sumarização da cognição que esvaziaria, de modo inconstitucional, a importância do contradi-

> tório e da estrutura comparticipativa processual que garantem procedimentos de cognição plena para o acertamento dos direitos (NUNES, 2012, p. 159).

O neoliberalismo preconiza a não interferência do Judiciário nos negócios jurídicos celebrados entre pessoas supostamente iguais em direitos e obrigações, não sendo possível levar em consideração as especificidades do caso concreto e as diversas vulnerabilidades existentes. O lucro máximo é ameaçado e deve ser protegido a todo custo.

Por outro lado, a uniformidade decisional é fator de segurança para o mercado, na medida em que já se pode contar com o resultado de determinado litígio submetido à apreciação do Judiciário. Com essa prática, é possível calcular o lucro, fazer projeções e criar estratégias negociais. Nessa medida, diversos institutos foram criados para assegurar tal desiderato ao mercado, considerando a repetição de processos tratando da mesma matéria com possibilidade de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, devido à prolação de decisões contraditórias.

Segundo Nunes, "várias reformas foram propostas para os sistemas jurídicos da América Latina, implementadas, em grande parte, pelo legislador brasileiro, de modo a garantir a requerida produção industrial de decisões e a satisfazer os anseios do Banco Mundial" (NUNES, 2012, p. 163). Citem-se, como exemplos, a súmula vinculante, os incidentes de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário repetitivos. Estabelecido o contexto em que a súmula vinculante, a repetitividade, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, o Incidente de Assunção de Competência – IAC foram idealizados, passa-se à análise das suas principais características.

2 Conceitos e diferenciação entre súmula vinculante, recursos repetitivos, IRDR e IAC.

Nos termos do art. 928 do Código de Processo Civil, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e em recursos especial e extraordinário repetitivos, que poderá ter por objeto questão de direito material ou processual. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro Cunha (2018, p. 691) afirmam que "o microssistema de formação e aplicação de precedentes obrigatórios é formado pelo IRDR, pelos recursos repetitivos e, ainda, pelo incidente de assunção de competência".

As súmulas vinculantes foram introduzidas no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 45, de 8/12/2004 e foram regulamentadas pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Por sua vez, os recursos repetitivos, marcados pela técnica de julgamento por amostragem, foram introduzidos no Código de Processo Civil de 1973 pela Lei nº 11.418/2006, nos art. 543-B e 543-C, sendo reiterados nos art. 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil de 2015. Nessa sistemática, sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições dessa Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça. Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

Com o julgamento e a publicação do acórdão paradigma, algumas medidas devem ser tomadas, quais sejam o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

O Incidente de Assunção de Competência é admissível quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese. Aplica-se o disposto no art. 947 do Código de Processo Civil quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. Podem suscitar o IAC o Relator, de ofício, a parte do respectivo processo, o Ministério Público e o Defensor Público.

Finalmente, o IRDR constitui uma inovação do Código de Processo Civil de 2015 (art. 976 a 987) e tem como bases a Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Judiciário), a Lei nº 11.418/2006 (repercussão geral) e a Lei nº 11.672/2008 (recursos repetitivos). As noções de integridade e coerência, por sua vez, evidenciam que casos semelhantes devem ser decididos de forma semelhante, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade. Trata-se de incidente processual, e não de um recurso, e se destina a pacificar questão de direito, e não de fato, por meio de fixação de tese jurídica aplicável, seguindo uma técnica de julgamento.

3 Aspectos procedimentais do IRDR

O IRDR está previsto nos art. 976 a 987 do Código de Processo Civil de 2015. No âmbito do Conselho Nacional de Justiça, a Resolução CNJ 235/2016 dispôs sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral, no Tribunal Superior do Trabalho, no Superior Tribunal Militar, nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dá outras providências. Igualmente, o Tribunal de Justiça do Estado de

Minas Gerais trouxe regulamentação expressa no que diz respeito ao procedimento a ser adotado nos casos de IRDR, *ex vi* dos art. 368-A a 368-N do Regimento Interno do TJMG.

A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Além disso, os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro (art. 979 do Código de Processo Civil).

A competência funcional para o recebimento do incidente é do Presidente do Tribunal, e não do órgão competente para julgamento, conforme prevê o art. 977 do Código de Processo Civil c/c art. 368-B do RITJMG. Já o julgamento do incidente caberá às seções cíveis (art. 977 e 978 do CPC e art. 35 do RITJMG).

O pedido de instauração do incidente poderá ser feito pelo juiz ou relator, por ofício; pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. O ofício ou a petição serão instruídos com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente (art. 977, parágrafo único, do CPC, e 368-B, § 1º, do RITJMG).

É importante ser ressaltado que o IRDR somente poderá ser instaurado quando estiver em trâmite algum recurso no tribunal, conforme Enunciado 344 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, senão vejamos: "A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal". Nesse sentido também é o posicionamento de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro Cunha (2018, p. 691): "O legislador ordinário pode – e foi isso que fez o CPC – criar incidentes processuais para causas originárias e recursais que tramitem nos tribunais, mas não lhe cabe criar competências originárias para os tribunais. É também por isso que não se permite a instauração do IRDR sem que haja causa tramitando no tribunal".

Nesse particular, é importante ser observado que, mesmo sendo possível a instauração de IRDR na pendência de agravo de instrumento, não será possível decisão do tribunal sobre o mérito, já que o conhecimento, por esse tribunal, restringe-se às matérias que lhe foram submetidas a julgamento. Novamente, segundo Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro Cunha:

> Não é possível estabelecer, a princípio, o que pode ou não ser objeto de IRDR em agravo de instrumento. Nem sempre o mérito do recurso coincide com o mérito da ação. É possível a instauração do IRDR em agravo de instrumento contra decisão que verse sobre a tutela provisória para tratar, por exemplo, de uma questão processual, de uma vedação à concessão da medida ou, até mesmo, de uma questão de mérito que repercuta no deferimento ou no indeferimento da tutela provisória (DIDIER JR.; CUNHA, 2018, p. 745).

Distribuído o incidente, o relator poderá requisitar à unidade administrativa competente informações sobre se o objeto do incidente já foi afetado pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça em recurso repetitivo sobre a mesma questão jurídica, já que é incabível o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas quando o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva (art. 982 do CPC e art. 368-C do RITJMG).

O relator também poderá indeferir liminarmente o incidente quando formulado por parte ilegítima. A inadmissão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja novamente suscitado (art. 976, § 3º, do CPC).

Em seguida, o relator pedirá dia para julgamento, e a turma julgadora fará o juízo de admissibilidade do incidente, considerando a presença dos requisitos mencionados no Código de Processo Civil. Em caso de admissão, é necessário que o dispositivo do acórdão traga explícita a questão jurídica a ser apreciada quando do julgamento de mérito, ou seja, é necessário que haja delimitação expressa da questão admitida. No julgamento de admissibilidade, o julgador deverá manifestar-se também sobre os pressupostos positivos e negativos estabelecidos no Código de Processo Civil e sobre os tópicos que interfiram na admissão, como legitimidade das partes, entre outros.

Admitido o incidente e independentemente de lavratura do acórdão, o relator suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado. A determinação de suspensão dos processos será publicada, por três vezes consecutivas, no *Diário do Judiciário eletrônico*, e comunicada, observada a matéria, aos integrantes das respectivas câmaras cíveis, bem como aos juízes de primeira instância, preferencialmente, por meio eletrônico. Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo em que tramita o processo. Além disso, também poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo em que se discute o objeto do incidente, os quais as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias.

O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida. Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

Concluídas as diligências, o relator determinará a oitiva da Procuradoria-Geral de Justiça para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias, e, em seguida, pedirá dia para julgamento. O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*. Superado o prazo de um ano, cessa a suspensão dos processos, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

A desistência ou o abandono do processo não impedem o exame do mérito do incidente. Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e assumirá a titularidade em caso de desistência ou abandono.

No julgamento do incidente, primeiramente, o relator fará a exposição do objeto do incidente e indicará todos os argumentos que são pertinentes e foram declinados pelas partes. Em seguida, poderá sustentar suas razões, sucessivamente, o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos, bem como os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida a inscrição com 2 (dois) dias de antecedência.

O relator e os demais julgadores emitirão voto motivado no qual deverá ocorrer a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários. O acórdão deverá conter terminologia adequada e clara, evitando-se obscuridade no posicionamento do julgador, bem como explicitação da questão submetida no acórdão de admissibilidade, com formulação precisa da tese no acórdão de mérito. O presidente somente votará em caso de empate. A ementa será redigida pelo relator para o acórdão e deverá traduzir a posição majoritária do colegiado sobre a questão de direito objeto do incidente.

Dada sua ampla repercussão e relevância jurídica, o acórdão de IRDR deverá expressar a regra jurídica com redação esmerada. Pressupõe-se, para tanto, clareza quanto à mensagem e estrutura linguística conformada à veiculação de uma tese, distinguindo-se esse termo de outros empregados na legislação pertinente, especialmente: matéria, tema, questão de direito.

> Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.
>
> Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Incumbirá ao 1º Vice-Presidente do Tribunal dar ampla publicidade e divulgação da instauração e julgamento do incidente, bem como promover o imediato registro eletrônico do objeto do incidente e do resultado do julgamento no Conselho Nacional de Justiça para a inclusão em cadastro. A revisão da tese jurídica firmada no Incidente far-se-á pelo mesmo órgão que julgou o anterior incidente, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados na lei processual civil.

4 Efeito vinculante do IRDR

Por meio do IRDR, busca-se definir tese jurídica a ser aplicada para resolver questões unicamente de direito sobre as quais as partes discutam. O julgamento do IRDR será aplicado obrigatoriamente a todos os processos individuais ou coletivos que tratem da tese decidida e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive às causas de competência dos juizados especiais. A tese jurídica fixada deve, ainda, ser aplicada aos casos futuros que tratem da idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo se houver a revisão da orientação firmada no Incidente (art. 985, I e II, do Código de Processo Civil).

Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação. Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada. Sobre o tema, cite-se a legislação de regência, conforme os art. 927 e 928 do Código de Processo Civil e art. 368-J do RITJMG:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Art. 368-J. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: (Incluído pela Emenda Regimental nº 6, de 2016)

> I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que estejam abrangidos pela jurisdição do Tribunal de Justiça, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais;
>
> II - aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do Tribunal, salvo revisão da tese jurídica em incidente próprio.
>
> § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.
>
> § 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Percebe-se que a consequência principal do julgamento do IRDR é a aplicação da tese fixada na decisão paradigma a todas as ações que versem sobre idêntica questão de direito e que estejam tramitando no âmbito da competência do Tribunal prolator da decisão. Interpostos recurso extraordinário ou recurso especial contra o julgamento do mérito do IRDR, a tese fixada vinculará todos os processos em que se discuta a questão jurídica decidida em todo o território nacional, nos termos do art. 987, § 2º, do CPC, senão vejamos: "Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito".

Quanto ao aspecto temporal, o efeito vinculante é *ex nunc*, aplicando-se a tese jurídica aos processos em curso e aos futuros que tratem da mesma questão de direito julgada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. As ações anteriores à formação da decisão paradigma proferida em Resolução de Demandas Repetitivas atingidas pela coisa julgada não serão revistas, não sendo cabível a propositura de ação rescisória visando reformular a coisa julgada material.

Assim, todos os juízes e desembargadores pertencentes àquele tribunal deverão decidir com base no ordenamento jurídico e nos precedentes vinculantes dos tribunais em que sua jurisdição está subordinada. A divergência da orientação deverá ser baseada na demonstração de que o caso concreto se diferencia do caso que levou à formação dos precedentes vinculantes.

Além disso, outras consequências poderão ser desencadeadas, tais como o julgamento liminarmente improcedente (art. 332, II e III, do Código de Processo Civil), a dispensa da remessa necessária (art. 496, § 4º, II e III, do Código de Processo Civil), o deferimento da tutela da evidência (art. 311, do Código de Processo Civil) e a autorização para julgamento monocrático pelo relator (art. 932, IV, *b* e *c*, V, *b* e *c*; art. 955, parágrafo único, II, do Código de Processo Civil) (DIDIER JR.; CUNHA, 2018, p. 691).

5 Fundamentação das decisões com base no IRDR

O art. 93, IX, da Constituição da República dispõe que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. A fundamentação não é um

simples elemento constitutivo dos pronunciamentos jurisdicionais decisórios, mas se caracteriza também por ser uma garantia processual de constituição e manutenção de um Estado Democrático de Direito. "A fundamentação é o elemento da decisão em que o julgador vai analisar as questões e justificar racionalmente, por meio de uma exposição das razões de fato e de direito, o motivo do acolhimento ou não da pretensão" (GHEDINI NETO, 2015, p. 255-277).

A fundamentação das decisões propicia que as partes se certifiquem que o magistrado realmente analisou e levou em consideração suas razões e provas no momento de decidir. É garantido às partes o conhecimento do motivo do acolhimento ou não de suas razões e pedidos a fim de examinarem a adequabilidade e correção das regras e princípios aplicados ao caso *sub judice*, devendo o magistrado apresentar critérios objetivos, visíveis, além de definidos e delimitados pelo ordenamento jurídico. Com efeito, "de nada adiantaria a garantia de se ter conhecimento dos atos processuais, de se manifestar e de produzir provas, se na ocasião da decisão elas não fossem sequer levadas em consideração pelo magistrado" (GHEDINI NETO, 2015, p. 255-277).

O Código de Processo Civil, no art. 489, § 1º, trouxe os requisitos para que uma decisão seja considerada fundamentada, interessando ao presente estudo os incisos V e VI, senão vejamos:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
>
> I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
>
> II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
>
> III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.
>
> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
>
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
>
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
>
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
>
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
>
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

> **VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento**. (sem grifos no original)

Analisando o art. 489, § 1º, V e VI, do CPC, verifica-se que não basta a indicação da decisão referente à determinada questão apreciada em IRDR, sendo necessária a demonstração de que o seu teor se aplica ao caso em análise. Da mesma forma que não basta citar determinada norma, sendo imprescindível que o julgador explique por que ela é aplicável ao caso *sub judice*, o mesmo deverá ocorrer com a fundamentação com base em tese definida em um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

O julgador deverá fundamentar sua decisão aplicando o ordenamento jurídico e o IRDR, demonstrando a pertinência e aplicabilidade de ambos para a solução do caso concreto, sob pena de a decisão ser irregular e passível da aplicação da sanção de nulidade. Nesse sentido é o posicionamento de Thomas da Rosa de Bustamante:

> Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação. É trabalho do aplicador do Direito extrair a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma.
>
> […]
>
> No uso de normas adscritas de precedentes, deve-se, inicialmente, reconstruir o aspecto *interno* do raciocínio adotado no caso-paradigma, ou seja, a *relação lógica entre a decisão e as premissas aduzidas na argumentação*, e apenas depois de avaliar o aspecto *externo* da justificação dessas normas, isto é, a própria correção das premissas reveladas na justificação interna da decisão [Wróblewski 1974:39]. Um modelo silogístico parece adequado porque decompõe claramente todos os passos seguidos na argumentação judicial e explica cada uma das normas adscritas seguidas pelo juiz no caso paradigmático (BUSTAMANTE, 2012, p. 259, 278-279).

Esse também é o posicionamento de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro Cunha:

> O órgão julgador competente para decidir o processo pendente levará em consideração a tese jurídica, que se incorporará à sua decisão como o fundamento determinante. Caberá a esse órgão julgador apenas expor as razões pelas quais o caso que lhe foi submetido se subsome à tese jurídica definida pelo tribunal (art. 489, § 1º, V, do CPC). Não há necessidade de esse órgão julgador enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica, pois eles já foram examinados pelo tribunal no acórdão do incidente de julgamento de casos repetitivos. O que lhe cabe é apenas identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento a eles se ajusta (DIDIER JR.; CUNHA, 2018, p. 705-706).

Por outro lado, as técnicas de distinção (*distinguishing*) ou demonstração da superação do precedente (*overruling*) podem ser invocadas para que pronunciamento jurisdicional seja proferido de forma diversa do precedente vinculante proferido pelo tribunal. Referidas técnicas são aptas a demonstrar que existem elementos que diferenciam o caso em análise da tese fixada no IRDR ou outra hipótese de Julgamento de Casos Repetitivos.

No *distinguishing* deve ser evidenciado que a questão fática ou jurídica não é semelhante àquela decidida no julgamento do caso-paradigma, não sendo, por isso, obrigatória a sua observância. Tal situação inclusive foi abordada pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), restando na edição do Enunciado 306, *in verbis*: "O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa".

Novamente, cite-se a opinião de Thomas da Rosa de Bustamante:

> Como vimos, o *distinguishing* pode ser descrito como uma *judicial departure* que se diferencia do *overruling* porque o afastamento do precedente não implica seu abandono – ou seja, sua validade como norma universal não é infirmada –, mas apenas sua não aplicação em determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma adscrita estabelecida na decisão judicial ou de uma interpretação restritiva dessa mesma norma, com o fim de excluir suas consequências para quaisquer outros fatos não expressamente compreendidos em sua hipótese de incidência.
>
> Normalmente afirma-se que o *distinguishing* pode se manifestar de duas maneiras: (1) por meio do reconhecimento de uma exceção direta (*direct exception*) à regra judicial invocada (justificada por circunstâncias especiais no caso *sub judice*) ou (2) pelo estabelecimento de uma exceção indireta (*indirect exception* ou *circumvention)* [Whittaker 2006:731]. nesse último caso – também denominado de *fact-adjusting* – os fatos do caso presentes são "reclassificados" como algo diferente, para o fim de evitar a aplicação do precedente judicial [ibidem].
>
> A diferença entre essas duas modalidades está no acento que é posto ora na premissa maior (ou *normativa*) e ora na premissa menor (ou *fática*) do silogismo jurídico. Porém, em ambas as situações, o *efeito* da decisão é o mesmo: o afastamento da regra jurisprudencial sem abalar sua validade, de sorte que as duas podem ser descritas como "equivalentes funcionais" [Eng 2000-b:316] (BUSTAMANTE, 2012, p. 470-471).

Por seu turno, na demonstração da superação do precedente (*overruling*), o magistrado deverá demonstrar que ocorreu uma mudança na jurisprudência, a revogação ou modificação da norma que embasou a decisão formulada no precedente vinculante, de modo que fique claro que o caso-paradigma já não se aplica ao caso em análise.

Mais uma vez é importante o entendimento de Thomas da Rosa de Bustamante, senão vejamos:

> O *overruling* é uma espécie do gênero das denominadas *judicial departures*, ou seja, dos casos de *afastamento* de uma regra jurisprudencial. Uma hipótese de afastamento se dá quando o tribunal resolve um problema jurídico solucionável por um precedente judicial, mas de forma diferente.
>
> […]

> O que diferencia o *overrruling* e o torna especialmente relevante é que ele não se refere a um simples problema de aplicação do precedente judicial – não se contenta com a não ocorrência de suas consequências no caso concreto –, mas vai bem além disso, já que representa uma *ab-rogação* da própria norma adscrita aceita como precedente. O *overruling* apresenta-se como o resultado de um *discurso de justificação* em que resulta infirmada a sua própria *validade* da regra antes visualizada como correta.
>
> […]
>
> No entanto, a regra-de-ouro sobre as *departures* – e o *overruling*, em especial – deve ser a mesma, não importam a tradição jurídica ou a força do precedente no caso concreto: sempre que um juiz ou tribunal for se afastar de seu próprio precedente, este deve ser levado em consideração, de modo que a questão do afastamento do precedente judicial seja *expressamente tematizada* (BUSTAMANTE, 2012, p. 387-388).

Diante de tudo o que foi exposto, tanto para a aplicação como para a não aplicação do IRDR, deverá o julgador demonstrar a adequação da decisão paradigma ao caso concreto objeto de julgamento, sob pena de a decisão não ser considerada fundamentada e passível da aplicação da sanção de nulidade.

6 Ferramentas tecnológicas utilizadas pelo TJMG

É inquestionável e notória a demora na prolação de decisões no âmbito da jurisdição, fazendo com que vários dos direitos não sejam concretizados, frustrando diversos anseios das partes e da sociedade como um todo. Com efeito, não pode ser desconhecido o volume de processos distribuídos, bem como aqueles já existentes.

Por outro lado, sabe-se da dificuldade orçamentária do Judiciário de ampliar o quadro de magistrados, sendo o número de julgadores notoriamente insuficiente para atender ao brutal acervo existente. Desse cenário, chega-se à conclusão de que, ao lado das normas vigentes no ordenamento jurídico pátrio, o Judiciário precisa encontrar soluções tecnológicas para fazer frente ao volume exagerado de ações que vem sendo proposto diuturnamente, sob pena de não conseguir cumprir a sua função constitucional de pronunciar o direito em um prazo razoável.

No que se refere aos sistemas informatizados, sabe-se que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais apresenta soluções tecnológicas para detectar demandas repetitivas e auxiliar na sua localização. A plataforma Radar permitirá aos magistrados fazer pesquisa por palavra-chave inclusive no conteúdo das peças processuais dos autos que tramitam eletronicamente (http://radar.intra.tjmg.gov.br/radar/login). A tecnologia *ElasticSearch* utilizada no programa Radar, além de armazenar os dados de forma não relacional, provê uma infraestrutura interna capaz de realizar pesquisas complexas com agilidade, representando um novo paradigma de armazenamento de dados especializado em buscas textuais, sendo projetado para tratar grandes quantidades de dados praticamente em tempo real. As consultas são a grande vantagem do *ElasticSearch*, que podem ser realizadas no conteúdo de documentos (peças processuais, por exemplo), associadas a vários tipos de agrupamentos e filtros, com rápidas respostas. Essa performance é possível em virtude

da maneira otimizada como a ferramenta indexa os documentos, garantindo boa performance quanto ao tempo de retorno das informações pesquisadas.

> Além disso, a ferramenta também possui mecanismos de *cache*, que é acionado ao realizar uma busca que já foi realizada anteriormente. Ou seja, o *ElasticSearch* mantém um breve histórico dos documentos pesquisados, o que garante maior velocidade na realização de pesquisas. Entre as principais vantagens da engenharia de pesquisa da ferramenta, estão a disponibilidade de dados em tempo real (*near-real-time*), a alta disponibilidade para tratar grandes volumes de dados, a possibilidade de realizar buscas textuais de forma eficiente e o armazenamento de dados em forma de documentos. Ressalte-se que o *ElasticSearch* foi desenvolvido em Java e possui código aberto (*open source*), liberado sob os termos da licença Apache, o que permite aos profissionais de TI desenvolverem, com baixo custo, as mais diversas aplicações *web* especializadas em indexação e buscas rápidas de dados.

> Com a plataforma Radar, os magistrados poderão fazer buscas inteligentes por palavra-chave em geral, por data de distribuição, por órgão julgador, por magistrado, por parte, por advogado, por outras demandas que os julgadores necessitarem, entre outros. Nessa medida, quando algum juiz ou desembargador perceber a repetitividade de algum assunto, poderá recorrer à plataforma Radar para confirmar o volume de ações sobre determinado assunto em sua Vara, Comarca, bem como no Estado inteiro, além de acessar as peças processuais e decisões para ver a semelhança entre os pedidos e a eventual divergência entre as decisões. Além disso, em sendo admitido um IRDR, o magistrado poderá, por meio do Radar, identificar e separar todas as ações que deverão ser suspensas, ou, no caso de tese fixada, julgá-los.

7 Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

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

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil*. 15. ed. Salvador: JusPodium, 2018. v. 2.

GHEDINI NETO, Armando. Técnica estrutural dos atos jurisdicionais decisórios. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Coord.). *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. Cap. X, p. 255-277.

NUNES, Antônio José Avelãs. *O neoliberalismo não é compatível com a democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NUNES, Dierle Coelho. *Processo jurisdicional democrático:* uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigiosidade em massa e repercussão geral no Recurso Extraordinário. *Revista de Processo – REPRO*, São Paulo, ano 34, n. 177, p. 9-46, nov. 2009.

• • •

Da cobrança extrajudicial de créditos tributários: o protesto extrajudicial da Certidão de Dívida Ativa como providência alternativa

Samara Fernandes da Cruz Aguiar[1*]

Resumo: O objetivo do presente artigo é demonstrar a viabilidade jurídica do protesto da Certidão de Dívida Ativa como forma alternativa de cobrança do crédito tributário. O trabalho abordará, em síntese, o processo de execução fiscal e a aplicação do princípio da proporcionalidade no processamento de ações fiscais pela Administração Fazendária e apresentará, em arremate, o posicionamento mais recente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Palavras-chave: Crédito Tributário. Dívida Ativa. Certidão de Dívida Ativa. Cobrança Extrajudicial. Protesto. Viabilidade.

Abstract: The purpose of this article is to demonstrate the legal feasibility of protesting the Certificate of Active Debt as a form of alternative collection of the tax credit. The paper will summarize the tax execution process and the application of the principle of proportionality in the processing of fiscal actions by the Financial Administration and will present, at end, the most recent position of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice on the theme.

Keywords: Tributary Credit. Active debt. Certificate of Active Debt. Extrajudicial Demand. Protest. Viability.

Sumário: 1 A viabilidade jurídica do protesto da Certidão de Dívida Ativa. 1.1 Da falta de proporcionalidade da execução judicial de determinados créditos fiscais. 1.2 Da cobrança extrajudicial de créditos tributários: o protesto da Certidão de Dívida Ativa. 2 Considerações Finais. 3 Referências bibliográficas.

1 A viabilidade jurídica do protesto da Certidão de Dívida Ativa

1.1 Da falta de proporcionalidade da execução judicial de determinados créditos fiscais

A experiência prática tem descortinado cenário suscetível de demonstrar que a judicialização de determinados créditos tributários nem sempre se mostra proporcional.

De acordo com dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o tempo médio de um processo fiscal é de 9 anos, 9 meses e 16 dias, sendo que a probabilidade de se obter êxito na recuperação integral desse crédito é de apenas 25,8% (vinte e cinco vírgula oito por cento). Ainda segundo a entidade, o custo unitário (médio) de uma execução fiscal promovida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional gira em torno de R$ 5.606,67 (cinco mil, seiscentos e seis reais e sessenta e sete centavos), sendo economicamente

1* Estagiária de Pós-Graduação do Ministério Público de Minas Gerais (Assessoria do Centro de Apoio às Promotorias de Defesa do Patrimônio Público). Advogada. Especialista em Direito Constitucional.

viável a execução fiscal de créditos que correspondam, no mínimo, à monta de R$ 21.731,45 (vinte e um mil, setecentos e trinta e um reais e quarenta e cinco centavos).[2]

No mesmo sentido, o Relatório *Justiça em Números*, expedido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ em 2018, referente ao ano-base de 2017, dá nota de que:

> Historicamente as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário. O executivo fiscal chega a juízo depois que as tentativas de recuperação do crédito tributário se frustraram na via administrativa, provocando sua inscrição na dívida ativa. Dessa forma, o processo judicial acaba por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas, sem sucesso, pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional. Acabam chegando ao Judiciário títulos de dívidas antigas e, por consequência, com menor probabilidade de recuperação. Os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 39% do total de casos pendentes e 74% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 91,7%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2017, apenas oito foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia 9 pontos percentuais, passando de 72% para 63% em 2017. O maior impacto das execuções fiscais está na Justiça Estadual, que concentra 85% dos processos. A Justiça Federal responde por 14%; a Justiça do Trabalho, 0,31%, e a Justiça Eleitoral apenas 0,01% (Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 125).

Diante de tais circunstâncias, é plausível sustentar que inexiste *proporcionalidade* na propositura de ação de execução fiscal para a cobrança de qualquer dívida tributária, incluindo aquelas de pequena monta, assim entendidos os créditos tributários cujo importe financeiro seja inferior ao valor necessário para o custeio do processo judicial de execução.

Deveras, o Princípio (ou postulado) da Proporcionalidade é o método racional, de raízes germânicas, que se manifesta como fidedigno parâmetro aplicável em análises concretas cujo escopo é desvendar a justa medida numa relação de meio e fim. O exame de proporcionalidade é primacialmente executado em conformidade e submissão a seus subelementos, quais sejam: *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito.*

De acordo com Virgílio Afonso da Silva, o método correto para a aplicação do Princípio da Proporcionalidade tem estrutura racionalmente definida, na qual os elementos secundários, embora independentes, *são necessariamente aplicáveis em ordem pré-definida* (SILVA, 2002, p. 34). Em sua didática lição, consta:

> A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. *Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido*

[2] Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.* Brasília, novembro de 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf. Acesso em 15 de janeiro de 2019. p. 13-14, 16.

> *estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos.* Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2002, p. 34-35, destaques nossos).

Nesse ínterim, veja-se que a exigência de judicialização para todos os créditos fiscais não é sequer *adequada*. A adequação (ou idoneidade ou conformidade) é o subelemento que determina a *correspondência* entre o *fim pretendido* e os *meios empregados para sua consecução*, implicando a necessidade de empregar tão somente os meios aptos a promover certa finalidade.

Ora, parece manifesto que inexiste adequação quando o custo para a cobrança judicial representa numerário superior ao possível proveito financeiro a ser obtido. A medida adotada (judicialização do crédito fiscal), nesses casos, não é idônea para alcançar o fim pretendido, pois é improvável que a Administração Tributária consiga recuperar importe financeiro igual ou superior ao custo do processo judicial.

Pode ser que haja vozes defendendo que a medida é sim adequada para alcançar o fim pretendido, já que, de qualquer maneira, é possível lograr êxito quanto à efetivação do pagamento da dívida fiscal. Há de se entender, porém, que o fim a ser conquistado não é o mero pagamento em si, mas sim o *financiamento sustentável do Estado*, angariando recursos para o exercício de suas atribuições mínimas. Se a cobrança judicial não contribui para essa finalidade, é em si inócua.

De toda sorte, cumpre registrar que, embora (equivocadamente) se defenda a existência de adequação, é certo que o fato de acionar o Poder Judiciário para a cobrança de quaisquer dívidas tributárias se afasta do subcritério da *necessidade*. A necessidade, também denominada exigibilidade, é o subelemento que demanda a eleição da medida, dentre aquelas reputadas adequadas, que provoque a *menor limitação possível*. Trata-se de optar pelo instrumento *menos gravoso* dentre as alternativas consideradas adequadas para alcançar a finalidade pretendida, ou seja, aquele que, ao mesmo tempo, seja mais efetivo e menos restritivo na espécie.

> Diferentemente do exame de adequação, no qual se faz uma análise absoluta dos meios, *o exame de necessidade efetua uma análise comparativa entre as medidas adequadas. Nessa fase, realiza-se um cotejo das medidas aptas a promover o fim, escolhendo por aquela que menos restringe direitos. Trata-se da adoção de um parâmetro de eficiência adotando, também, o critério da menor prejudicialidade.* Assim, na análise de necessidade questiona-se não a escolha operada, mas sim o *meio empregado*, devendo ser o mais suave, aquele que gere a menor desvantagem possível *A necessidade procura o meio menos nocivo, menos desvantajoso capaz de produzir a finalidade propugnada pela norma em questão.* Traduz-se em exigibilidade material, que reconhece a indispensabilidade da restrição, exigibilidade espacial, que delimita o âmbito de atuação, exigibilidade temporal, segundo a qual a medida coativa deve vigorar pelo menor espaço de tempo possível, e, por fim, exigibilidade pessoal, que determina o ato deve somente se destinar ao conjunto de pessoas cujos interesses devem ser restringidos ou sacrificados (COSTA, 2009, p. 14, grifo nosso).

Com efeito, a discussão do crédito de pequena monta em sede judicial trará *mais ônus* à Administração Fazendária do que bônus. É a alternativa *mais gravosa e dispendiosa*, razão pela qual é inconteste não atender ao Princípio da Proporcionalidade, por lhe faltar o subprincípio da necessidade (repisa-se que, em nossa visão, sequer o da adequação).

Nessa esteira, é imperioso que o Administrador Público Fazendário detenha formas alternativas e eficazes de cobrança dos créditos tributários que, embora inferiores ao limite reconhecidamente viável para a propositura de demanda judicial, representam significativa parcela do montante a ser integrado ao crédito público.

1.2 Da cobrança extrajudicial de créditos tributários: o protesto da Certidão de Dívida Ativa

O protesto extrajudicial é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida, conforme dispõe o art. 1º da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, que define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências.

Por intermédio do protesto, o credor torna pública a mora do devedor, produzindo, em desfavor deste, prova do inadimplemento dotada de fé pública, além de impulsionar com considerável efetividade o pagamento da quantia não quitada. O procedimento é célere e, de modo geral, eficaz. Protocolizado o título ou instrumento equivalente, o Tabelião de Protesto expedirá a intimação ao devedor. Findo o prazo de três dias úteis (a contar do protocolo) e não quitado o débito, o Tabelião lavrará e registrará o protesto, desde que não haja desistência ou sustação do protesto pelo apresentante.

Uma vez incluídas as informações do protesto no banco de dados do respectivo Tabelionato, é possível a emissão de certidões positivas ou negativas de pessoas físicas ou jurídicas, com o intuito de demonstrar se encontram ou não em estado de inadimplência. Referidas certidões são expedidas no prazo máximo de cinco dias úteis a contar da solicitação, abrangendo o período mínimo dos cinco anos anteriores, contados da data do pedido, salvo quando se referir a protesto específico (BRASIL, Lei nº 9.492/1997, art. 27).

Há, portanto, consequências práticas do protesto de títulos e outros documentos de dívida – inclusive da Certidão de Dívida Ativa. Além de evidenciar a mora e o inadimplemento, o protesto tem o condão de produzir efeitos negativos na seara civil e negocial do devedor, como a possível inserção de seu nome nos cadastros restritivos de crédito.

A controvérsia que provoca maior interesse, porém, se deu com o advento da Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012, que, dentre outras providências, introduziu o parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 9.492/1997, de modo a incluir entre os títulos sujeitos a protesto as Certidões de Dívida Ativa. É a dicção legal:

> Lei nº 9.497/1997 – (…). *Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.* (Incluído pela Lei nº 12.767, de 2012) (Destacamos).

Nesse contexto, a Administração Fazendária passou a contar com mais uma forma de cobrança dos débitos inscritos em Dívida Ativa: *o mecanismo extrajudicial de cobrança, com a possibilidade de protesto, no regime da Lei nº 9.492/1997*.

O contribuinte devidamente protestado, enquanto não quitar o débito, figurará como inadimplente em certidões emitidas pelo Tabelionato de Notas, bem como das certidões das referidas instituições de proteção ao crédito[3] e congêneres, dentre outras consequências, como a não emissão de certidão de regularidade fiscal.

[3] A Lei não impõe restrições de quem poderá solicitar tais certidões. No que concerne, porém, às entidades representativas de serviços de proteção ao crédito, o art. 29 da Lei nº 9.492/1997 determina que: os cartórios fornecerão às entidades representativas

Depreende-se que o objetivo do legislador, ao permitir o protesto da Certidão de Dívida Ativa, é engajar esforços para concretizar o pagamento do tributo não quitado, sem perspectiva de quitação e cuja judicialização é inviável e desproporcional. A medida, com caráter eminentemente probatória ou testificante, demonstra o estado de inadimplência fiscal e pode gerar, a par de outras dívidas protestadas, diversas dificuldades no dia a dia negocial do devedor (*e.g.*, restrições creditícias).

Nesse sentido, a cobrança extrajudicial de créditos de pequena monta, inclusive com a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa, é alternativa *salutar*, que viabiliza à Entidade Federada perseguir o pagamento de dívidas sem a perspectiva de pagamento. Ademais, merece destaque, ainda, que a cobrança extrajudicial de créditos de pequena monta auxilia positivamente no resguardo e na efetivação da responsabilidade na gestão fiscal dessa pessoa jurídica tributante.

De acordo com a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, conhecida por "Lei de Responsabilidade Fiscal", constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e *efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação* (art. 11). Ora, se a execução judicial é inviável e se a responsabilidade fiscal implica a efetiva arrecadação tributária, há de se possibilitar à Administração Tributária a opção de ir ao encalço do pagamento do crédito fiscal por outras vias.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores encampa a viabilidade de cobrança extrajudicial de débitos tributários, inclusive com o protesto extrajudicial das Certidões de Dívida Ativa. Vejamos.

> Direito tributário. Protesto de CDA. - É possível o protesto de Certidão de Dívida Ativa (CDA). No regime instituído pelo art. 1º da Lei 9.492/1997 ("Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida"), o protesto foi ampliado, desvinculando-se dos títulos estritamente cambiariformes para abranger todos e quaisquer "títulos ou documentos de dívida". Nesse sentido, há, tanto no STJ (REsp 750.805/RS) quanto na Justiça do Trabalho, precedentes que autorizam o protesto, por exemplo, de decisões judiciais condenatórias, líquidas e certas, transitadas em julgado. *Dada a natureza bifronte do protesto – o qual representa, de um lado, instrumento para constituir o devedor em mora e provar a inadimplência e, de outro, modalidade alternativa para cobrança de dívida –, não é dado ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para eleger, sob o enfoque da necessidade (utilidade ou conveniência), as políticas públicas para recuperação, no âmbito extrajudicial, da dívida ativa da Fazenda Pública.* A manifestação sobre essa relevante matéria, com base na valoração da necessidade e pertinência desse instrumento extrajudicial de cobrança de dívida, carece de legitimação por romper com os princípios da independência dos poderes (art. 2º da CF) e da imparcialidade. *Quanto aos argumentos de que o ordenamento jurídico (Lei 6.830/1980) já instituiu mecanismo para a recuperação do crédito fiscal e de que o sujeito passivo não participou da constituição do crédito, estes são falaciosos.* A Lei das Execuções Fiscais disciplina exclusivamente a cobrança judicial da dívida ativa e não autoriza, por si, a conclusão de que veda, em caráter permanente, a instituição ou utilização de mecanismos de cobrança extrajudicial. A defesa da tese de impossibilidade do protesto seria razoável apenas se versasse sobre o "Auto de Lançamento", esse sim procedimento unilateral dotado de eficácia para imputar débito ao sujeito passivo. *A inscrição em dívida ativa, de onde se origina a posterior extração da Certidão que poderá ser levada a protesto, decorre ou do exaurimento da instância administrativa (na qual foi possível impugnar o lançamento e interpor recursos*

da indústria e do comércio ou àquelas vinculadas à proteção do crédito, quando solicitada, certidão diária, em forma de relação, dos protestos tirados e dos cancelamentos efetuados, com a nota de se cuidar de informação reservada, da qual não se poderá dar publicidade pela imprensa, nem mesmo parcialmente.

administrativos) ou de documento de confissão de dívida, apresentado pelo próprio devedor (como o DCTF, a GIA e o Termo de Confissão para adesão ao parcelamento). O sujeito passivo, portanto, não pode alegar que houve "surpresa" ou "abuso de poder" na extração da CDA, uma vez que esta pressupõe sua participação na apuração do débito. [...] (STJ. REsp 1.126.515-PR. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 3/12/2013. Informativo nº 0533. Período: 12 de fevereiro de 2014, destaques nossos).

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5135/DF, julgada em 9 de novembro de 2016, determinou que "*o protesto das Certidões de Dívida Ativa (CDA) constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política*" (vide informativo de jurisprudência nº 846).

Com efeito, o Plenário da Suprema Corte, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado contra o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492/1997, incluído pela Lei 12.767/2012, que introduziu entre os títulos sujeitos a protesto as Certidões de Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

Direito tributário. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 9.492/1997, art. 1º, parágrafo único. Inclusão das certidões de dívida ativa no rol de títulos sujeitos a protesto. Constitucionalidade.

1. O parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492/1997, inserido pela Lei nº 12.767/2012, que inclui as Certidões de Dívida Ativa – CDA no rol dos títulos sujeitos a protesto, é compatível com a Constituição Federal, tanto do ponto de vista formal quanto material.

2. Em que pese o dispositivo impugnado ter sido inserido por emenda em medida provisória com a qual não guarda pertinência temática, não há inconstitucionalidade formal. É que, muito embora o STF tenha decidido, na ADI 5.127 (Rel. Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. em 15.10.2015), que a prática, consolidada no Congresso Nacional, de introduzir emendas sobre matérias estranhas às medidas provisórias constitui costume contrário à Constituição, a Corte atribuiu eficácia *ex nunc* à decisão. Ficaram, assim, preservadas, até a data daquele julgamento, as leis oriundas de projetos de conversão de medidas provisórias com semelhante vício, já aprovadas ou em tramitação no Congresso Nacional, incluindo o dispositivo questionado nesta ADI.

3. Tampouco há inconstitucionalidade material na inclusão das CDAs no rol dos títulos sujeitos a protesto. Somente pode ser considerada "sanção política" vedada pelo STF (cf. Súmulas nº 70, 323 e 547) a medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário que restrinja direitos fundamentais dos contribuintes devedores de forma desproporcional e irrazoável, o que não ocorre no caso do protesto de CDAs.

3.1. Em primeiro lugar, não há efetiva restrição a direitos fundamentais dos contribuintes. De um lado, inexiste afronta ao devido processo legal, uma vez que (*i*) o fato de a execução fiscal ser o instrumento típico para a cobrança judicial da Dívida Ativa não exclui mecanismos extrajudiciais, como o protesto de CDA, e (*ii*) o protesto não impede o devedor de acessar o Poder Judiciário para discutir a validade do crédito. De outro lado, a publicidade que é conferida ao débito tributário pelo protesto não representa embaraço à livre iniciativa e à liberdade profissional, pois não compromete diretamente a organização e a condução das atividades societárias (diferentemente das hipóteses de interdição de estabelecimento, apreensão de mercadorias, etc). Eventual restrição à linha de crédito comercial da empresa seria, quando

muito, uma decorrência indireta do instrumento, que, porém, não pode ser imputada ao Fisco, mas aos próprios atores do mercado creditício.

3.2. Em segundo lugar, o dispositivo legal impugnado não viola o princípio da proporcionalidade. A medida é adequada, pois confere maior publicidade ao descumprimento das obrigações tributárias e serve como importante mecanismo extrajudicial de cobrança, que estimula a adimplência, incrementa a arrecadação e promove a justiça fiscal. A medida é necessária, pois permite alcançar os fins pretendidos de modo menos gravoso para o contribuinte (já que não envolve penhora, custas, honorários, etc.) e mais eficiente para a arrecadação tributária em relação ao executivo fiscal (que apresenta alto custo, reduzido índice de recuperação dos créditos públicos e contribui para o congestionamento do Poder Judiciário). A medida é proporcional em sentido estrito, uma vez que os eventuais custos do protesto de CDA (limitações creditícias) são compensados largamente pelos seus benefícios, a saber: (*i*) a maior eficiência e economicidade na recuperação dos créditos tributários, (*ii*) a garantia da livre concorrência, evitando-se que agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos, e (*iii*) o alívio da sobrecarga de processos do Judiciário, em prol da razoável duração do processo.

4. Nada obstante considere o protesto das certidões de dívida constitucional em abstrato, a Administração Tributária deverá se cercar de algumas cautelas para evitar desvios e abusos no manejo do instrumento. Primeiro, para garantir o respeito aos princípios da impessoalidade e da isonomia, é recomendável a edição de ato infralegal que estabeleça parâmetros claros, objetivos e compatíveis com a Constituição para identificar os créditos que serão protestados. Segundo, deverá promover a revisão de eventuais atos de protesto que, à luz do caso concreto, gerem situações de inconstitucionalidade (e.g., protesto de créditos cuja invalidade tenha sido assentada em julgados de Cortes Superiores por meio das sistemáticas da repercussão geral e de recursos repetitivos) ou de ilegalidade (e.g., créditos prescritos, decaídos, em excesso, cobrados em duplicidade).

5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. *Fixação da seguinte tese: "O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política."* (STF. ADI 5135. Relator Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 09/11/2016. Processo Eletrônico *Dje*-022. Divulgação 6/2/2018. Publicação 7/2/2018 (destaques nossos).

Mais recentemente, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça fixou tese repetitiva acerca da legalidade do protesto da Certidão de Dívida Ativa, afirmando que "*a Fazenda Pública possui interesse e pode efetivar o protesto da Certidão de Dívida Ativa na forma do art. 1º, inc. I, da Lei 9.492/97, com a redação da Lei 12.767/12*" (vide REsp 1.694.690 e REsp 1.686.659).

Destarte, com arrimo nos argumentos expostos e principalmente com amparo nas teses fixadas pelos Tribunais de Superposição, percebe-se que *inexistem óbices jurídicos ao protesto das certidões de dívida*, devendo a Administração Tributária apenas acautelar-se para evitar desvios ou abusos no manejo do instrumento.

2 Considerações finais

A atividade tributária é, inegavelmente, essencial para que o Estado detenha recursos financeiros para desempenhar o papel social de prestação de serviços públicos à comunidade. Numa perspectiva histórica, o Princípio da Legalidade tornou o vínculo jurídico-tributário em relação de direito no lugar de relação

de poder, delineando a validade e a legitimidade do exercício da competência e da capacidade tributária, expressões do poder de tributar.

O crédito tributário decorre da obrigação tributária e detém a mesma natureza dela. Uma vez regularmente constituído e não quitado no prazo legal, surge para o Fisco a faculdade de inscrevê-lo em dívida ativa, podendo, *a posteriori*, manejar a ação de execução fiscal, demanda judicial de que dispõe o Fisco para a cobrança dos tributos não pagos.

As ações de Execução Fiscal representam investimento pecuniário que, em algumas situações, supera o valor do crédito exequendo, o que importa na inadequação da propositura da ação judicial respectiva. Em tais casos, o processamento judicial do crédito é desproporcional: a judiciliazação de tal demanda não é adequada, pois não se presta a alcançar o fim pretendido, qual seja o financiamento sustentável do Estado. Ainda que a considere adequada, é incontestável que não atende ao subprincípio da necessidade, permanecendo, portanto, desproporcional.

Nessa perspectiva, é imprescindível pontuar que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação, de acordo com a Lei Complementar nº 101/2000. Nesse sentido, deve-se permitir que a Administração Tributária persiga o pagamento do crédito fiscal por outros caminhos quando a via judicial demonstrar-se inviável.

Por conseguinte, a Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012, incluiu na redação do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, as Certidões da Dívida Ativa como os documentos passíveis de protesto. É a dicção legal: "*incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas*".

Um dos mais relevantes efeitos decorrentes do protesto são a *publicização da dívida* e a *eventual produção de efeitos negativos na órbita civil e negocial do devedor*, como a possibilidade de inserção de seu nome nos cadastros restritivos de crédito.

O tema foi amplamente debatido pela comunidade jurídica, e os Tribunais Superiores se posicionaram a respeito. Tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça entenderam que o protesto das certidões não viola os direitos e garantias fundamentais dos contribuintes. O protesto das Certidões de Dívida Ativa não configura sanção política, de modo que é constitucional e legal.

Destarte, com arrimo nos argumentos expostos e principalmente com amparo nas teses fixadas pelos Tribunais de Superposição, percebe-se que inexistem óbices jurídicos ao protesto das certidões de dívida.

3 Referências

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. *Justiça em números 2018*: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisasjudiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

COSTA, Roberta Pereira Negrão. *Proporcionalidade*. Uma classificação do conceito. *Revista da AGU*. Ano 08, nº 22, out./dez. 2009. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/1437974. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*. Brasília, novembro de 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. *Revista dos Tribunais* nº 798, 2002, p. 23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/ 1495/1179. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

• • •

Regime jurídico da aposentadoria com proventos integrais por invalidez permanente decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável

Rodrigo Martins Faria[1*]

Resumo: O presente artigo trata, sob um enfoque jurídico-sistemático, acerca dos parâmetros de apuração dos proventos de aposentadoria por invalidez permanente decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma estabelecida pelo art. 40, § 1º, da Constituição da República.

Palavras-chave: aposentadoria por invalidez; acidente em serviço; moléstia profissional; doença grave, contagiosa ou incurável.

O sistema previdenciário instituído pelo texto original da Constituição da República previa que a aposentadoria por invalidez permanente, quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, dar-se-ia com "proventos integrais", correspondentes aos do cargo em que se desse a aposentação, e proporcionais (ao tempo de contribuição) nas demais hipóteses de aposentadoria por invalidez permanente, *verbis:*

> Art. 40 [redação original]. O servidor será aposentado: I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos.

A Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, implementando a segunda grande reforma no sistema previdenciário brasileiro, instituiu, em respeito ao princípio contributivo e ao correlato princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, novo sistema de cálculo dos proventos de aposentadoria, os quais, a partir de então, devem observar as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência.

A esse propósito, Coelho (2009, p. 45) leciona:

> Por sua vez, com a promulgação da EC nº 41/03, foram assentadas as seguintes inovações: [...] c) substituição do instituto da integralidade pelo sistema e cálculo dos proventos com base na média aritmética das contribuições do servidor aos regimes de previdência aos quais, porventura, esteve vinculado;

Assim, o Texto Constitucional, no tocante à aposentadoria do servidor público, e para o que aqui interessa, ficou assim conformado:

[1*] Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Ex-Juiz de Direito do Estado de São Paulo. Ex-Assessor Jurídico e ex-Assistente Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura. Pós-graduando em Direito Público pela Uniderp.

> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.
>
> § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:
>
> I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;
>
> [...]
>
> § 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo, e o art. 201, na forma da lei.
>
> [...]
>
> § 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei.

Contudo, o novo Texto Constitucional rendeu ensejo a substancial divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao critério para o cálculo dos proventos de aposentadoria por invalidez permanente decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável (art. 40, § 1º, inc. I, CRFB), quando não preenchidos os requisitos para aposentadoria voluntária com proventos proporcionais ou integrais.

Assim, de um lado existe a tese de que os proventos devem ser calculados com base nas contribuições vertidas pelo segurado ao sistema previdenciário (art. 40, § 3º, CRFB). Por outro lado, parcela da doutrina e da jurisprudência entende que o inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição da República, ao se utilizar da preposição "exceto", estaria a indicar que os casos de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, são situações excepcionais, e, como tais, devem ser tratadas excepcionalmente.

Isso porque o segurado surpreendido com um infortúnio da vida não pode ficar socialmente desassistido, daí a necessidade de se calcular os proventos de aposentadoria sem considerar a proporcionalidade (ao tempo de serviço), e também o "redutor", previsto pelo § 3º do art. 40 da Constituição da República (e regulamentado no art. 1º da Lei nº 10.887, de 2004).

Trata-se de entendimento sobre o qual já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, proferida nos autos do Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 809.579/MG, nos seguintes termos:

> A Constituição Federal disciplina a aposentadoria de servidores públicos por invalidez, em seu art. 40, § 1º, I, quando prevê que serão devidos proventos proporcionais, exceto quando a invalidez permanente decorrer de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável grave.
>
> [...]
>
> A Lei Federal 10.887/04, editada para regulamentar o § 3º do art. 40 da Constituição Federal, com redação dada pela EC 41/03, determina que:
>
> "Art. 1º. No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal, e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência".
>
> A mencionada lei trata da regra geral de cálculo dos proventos da aposentadoria, nada registrando acerca da exceção, constitucionalmente prevista, de aposentadoria por invalidez permanente decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável. Dessa forma, correto concluir que o cálculo baseado na média aritmética simples das maiores remunerações não se aplica ao caso em comento.
>
> Portanto, não assiste razão ao recorrente, uma vez que o acórdão recorrido está de acordo com entendimento desta Corte, no sentido de que, em caso de aposentadoria por invalidez permanente decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, serão devidos proventos integrais. Nesse sentido confira-se: RE 175980, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 20.2.1998; AI 601.787 – AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 7.12.2006. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (arts. 21, § 1º, RISTF, e 557 do CPC).

Destaque-se que ao Supremo Tribunal Federal foi reservada institucionalmente a missão constitucional de zelar pela guarda da Constituição e, portanto, dar a última palavra em matéria de interpretação constitucional.

O entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal foi pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça,[2] consoante se percebe no seguinte acórdão que julgou o Mandado de Segurança nº 14.160/DF, assim ementado:

> Mandado de Segurança. Servidor público civil. Aposentadoria por invalidez. Mal de Parkinson. Doença prevista no rol taxativo do art. 186 da Lei 8.112/90. Previsão de proventos integrais. Emenda Constitucional 41/03. Não aplicação em virtude da excepcionalidade prevista no art. 40, § 1º, I, da CF/88. Direito do impetrante à percepção da aposentadoria na forma integral. Ordem concedida. 1. A aposentadoria por invalidez decorrente de enfermidade grave e incurável gera direito à percepção do pagamento integral dos proventos, nos termos do art. 40, § 1º, I, da CF/88 e do art. 186, I, da Lei 8.112/90. 2. A 3ª Seção deste Tribunal pacificou o entendimento de que a Emenda Constitucional 41/03, ao extinguir o cálculo

[2] Deve-se ponderar, contudo, que vários dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça que compõem a dita jurisprudência pacificada também se referem a casos concretos regidos pela antiga sistemática previdenciária.

> integral para os benefícios concedidos nos termos do art. 40, § 3º (aposentadorias), e § 7º (pensões) da Carta Magna e da Lei 10.887/04, excetuou expressamente os casos em que o pagamento deve ser percebido integralmente, como no caso de Servidor Público aposentado por invalidez permanente, decorrente de doença grave, prevista no rol taxativo da legislação regente. 3. *In casu*, o impetrante comprovou, com a apresentação de laudo oficial, ser portador do Mal de Parkinson, doença que consta do rol taxativo do art. 40, § 1º, I, da CF/88, de sorte que a aplicação do cálculo aritmético, previsto na Lei 10.887/04 pela Administração, viola o princípio da estrita legalidade e a garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos. 4. Ordem concedida para anular o trecho da Portaria 1.497, de 21/10/2008, do Advogado-Geral da União, que determinou o cálculo proporcional da aposentadoria do impetrante, devendo ser mantido o pagamento integral dos proventos, em conformidade com o art. 40, § 1º, I, da CF/88, nos termos do parecer do MPF.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no âmbito jurisdicional, pacificou o entendimento adotado perante os Tribunais Superiores, podendo-se apontar, exemplificativamente, acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 1.0024.08.041230-7/002,[3] ementada nos seguintes termos:

> Constitucional. Servidor. Aposentadoria. Invalidez permanente. Doença grave. Integralidade. Art. 40, § 1º, I, da CF/88. Aplicabilidade. Art. 40, § 3º, da CF/88. Cálculo redutor de proventos. Afastamento. - Na forma do art. 40, § 1º, I, da Constituição da República, o servidor aposentado por invalidez permanente decorrente de doença grave tem direito a proventos integrais, em razão de circunstâncias especiais, situação de exceção, e, portanto, não ressoa legítima e razoável a incidência do redutor no cálculo dos proventos previsto pela Lei federal nº 10.887/04, editada em razão do art. 40, § 3º, da Carta Magna, com a redação dada pela EC nº 41/03, de caráter geral. Precedentes.

Destaque-se, outrossim, que, consoante alguns dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais,[4] os servidores da Administração Pública direta do Estado de Minas Gerais estão submetidos imediatamente à força normativa da Constituição do Estado de Minas Gerais, cujo art. 36, até o advento da Emenda à Constituição Mineira nº 84, de 22 de dezembro de 2010, ostentava redação idêntica ao texto original da Constituição da República:

> Art. 36. O servidor público será aposentado: I - por invalidez permanente, com proventos integrais, quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais, nos demais casos;

Em abono a essa tese, o Ministério da Previdência Social editou a Orientação Normativa nº 02/2007, a qual dispõe, em seu art. 56, § 1º, que "Lei do respectivo ente regulamentará o benefício de aposentadoria por invalidez, devendo disciplinar: I - a definição do rol de doenças;", devendo-se frisar que a referida orientação normativa disciplina o exercício da competência suplementar complementar constitucionalmente conferida aos Estados-membros em matéria previdenciária, conforme pontua Coelho (2009, p. 48):

[3] No mesmo sentido: Mandado de Segurança nº 1.0000.10.042720-2/000; Mandado de Segurança n° 1.0000.10.021196-0/000; Mandado de Segurança nº 1.0000.09.495414-6/000; Apelação Cível nº 1.0024.09.485953-5/002; Apelação Cível nº 1.0024.09.503337-9/002; Apelação Cível nº 1.0024.08.941831-3/003; Agravo de Instrumento nº 1.0024.08.278022-2/001; Apelação Cível nº 1.0024.07.485589-1/005; Apelação Cível nº 1.0024.06.198527-1/001; Apelação Cível nº 1.0024.03.927281-0/001; Agravo de Instrumento nº 1.0024.10.197999-5/001.

[4] Nesse sentido: Apelação Cível nº 1.0024.03.927281-0/001; Mandado de Segurança nº 1.0000.09.495414-6/000; Mandado de Segurança nº 1.0000.10.042720-2/000; Agravo de Instrumento nº 1.0024.10.197999-5/001, Relator Des. Afrânio Vilela, p. em 24/11/2010.

> Quanto à definição do rol das doenças e dos demais critérios relativos à aposentadoria por invalidez, compete a cada ente público disciplinar, sendo imprescindível a promulgação da respectiva lei. A título de ilustração, verifica-se que o art. 186, § 1º, da Lei nº 8.112/90 arrola, embora não taxativamente, as doenças consideradas graves, contagiosas ou incuráveis, para fins de concessão do benefício aos servidores públicos federais.

Com efeito, o Estado de Minas Gerais, no exercício da citada competência suplementar complementar constitucionalmente conferida em matéria previdenciária às Unidades Federativas, houve por bem editar a Lei nº 869, de 5 de julho de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerai –, cujos arts. 108, alíneas *c*, *d* e *e* e 110, inciso II, asseguram expressamente o direito de aposentadoria por invalidez com proventos integrais, sem prejuízo do disposto no art. 108, alínea *e*, última parte, segundo o qual toda situação incapacitante para o serviço público enseja a aposentadoria por invalidez permanente com "proventos integrais", *verbis:*

> Art. 108. O funcionário, ocupante de cargo de provimento efetivo, será aposentado: [...] c) quando verificada a sua invalidez para o serviço público; d) quando inválido em consequência de acidente ou agressão, não provocada, no exercício de suas atribuições, ou doença profissional; e) quando acometido de tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, cardiopatia descompensada, hanseníase, leucemia, pênfigo foliáceo, paralisia, síndrome da imunodeficiência adquirida - AIDS -, nefropatia grave, esclerose múltipla, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, mal de Paget, hepatopatia grave ou outra doença que o incapacite para o exercício da função pública. (Alínea com redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 44, de 5/7/1996.)
>
> [...]
>
> Art. 110. Os proventos da aposentadoria serão integrais:
>
> [...]
>
> II - quando ocuparem as hipóteses das alíneas *c*, *d* e *e* do art. 108, e § 8º do mesmo artigo;

Corroborando esse entendimento, a doutrina de Carvalho Filho (2011, p. 645-646):

> Tradicionalmente, o valor dos proventos era equivalente ao da remuneração do servidor quando em atividade, não havendo qualquer perda quando passasse à inatividade. [...] O mandamento básico do atual regime é o que se inscreve no art. 40, § 1º, da CF, com a redação da EC 41/2003, segundo o qual o cálculo dos proventos deve observar as regras fixadas nos §§ 3º e 17, do mesmo art. 40, dispositivos também consonantes com a EC 41. No art. 40, § 3º, a Carta da República enuncia que, para o cálculo dos proventos, deverão, na forma da lei, ser "consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor" pagas ao regime de previdências especial (regime próprio) ou ao regime geral de previdência social, disciplinado pelo art. 201 da CF. [...] Diante do vigente quadro constitucional, é possível catalogar as espécies de proventos em três categorias: 1ª) proventos integrais, aqueles cujo valor corresponde à remuneração da atividade; 2ª) proventos limitados, aqueles que equivalem ao limite máximo de pagamento de benefícios, embora o servidor auferisse remuneração superior quando em atividade; 3ª) proventos proporcionais, os que são calculados de forma proporcional ao tempo de contribuição do servidor. São devidos proventos integrais quando, inferiores ao limite máximo de valor

> dos benefícios, tratar-se de: 1º) aposentadoria voluntária com o preenchimento de todos os requisitos (art. 40, §1º, III, "a", CF); 2º) aposentadoria por invalidez, quando houver acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável.

Ainda no mesmo sentido destaca-se o entendimento de Di Pietro (2010, p. 564):

> Na aposentadoria por invalidez permanente, os proventos são proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei (redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/03); embora a redação dê a impressão de que nestas últimas hipóteses haverá integralidade (já que constituem exceção à regra da proporcionalidade), a Lei nº 10.887, de 18/6/2004, estabeleceu uma forma de cálculo dos proventos que também implica proporcionalidade, porque, pelo art. 1º, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor ao regime previdenciário a que estiver vinculado, correspondendo a 80% de todo o período de contribuição desde a competência de junho de 1994 ou desde o ano de início da contribuição, se posterior àquela data. Poderá até ocorrer que, nas hipóteses em que haveria integralidade (como exceção à regra da proporcionalidade), os proventos sejam menores do que nas hipóteses em que os proventos devem ser proporcionais ao tempo de contribuição. Na realidade, para a regra e para a exceção, estabeleceu-se proporcionalidade. Em decorrência disso, não é possível aplicar à aposentadoria por invalidez o art. 1º da Lei n. 10.887, sob pena de inconstitucionalidade.

Com efeito, as considerações aqui tratadas constituem os pilares sobre os quais se assenta a jurisprudência majoritária do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais,[5] seja com fundamento no art. 36 da Constituição Mineira, seja com fundamento nos art. 108 e 110 da Lei 869, de 1952, considerada a acepção literal da expressão "proventos integrais".

Não sem razão, o Congresso Nacional editou a Emenda nº 70, de 29 de março de 2012, à Constituição da República, para incluir, no texto da Emenda nº 41 de 19 de dezembro de 2003, o art. 6º-A, com a seguinte redação:

> Art. 6º-A. O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal.

Destaque-se, entretanto, que a nova norma constitucional, por não ser meramente interpretativa, tem efeitos *ex nunc,* sendo, portanto, inaplicável para situações constituídas anteriormente à sua vigência.

Em suma, consoante ao entendimento esposado, os proventos de aposentadoria por invalidez permanente, quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, devem equivaler à remuneração do cargo, haja vista a excepcionalidade da situação, que merece tratamento excepcional.

[5] Nesse sentido: Apelação Cível nº 1.0024.03.927281-0/001; Mandado de Segurança nº 1.0000.09.495414-6/000; Mandado de Segurança nº 1.0000.10.042720-2/000; Agravo de Instrumento nº 1.0024.10.197999-5/001, Relator Des. Afrânio Vilela, p. em 24/11/2010.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br> Acesso em: 16 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 14.160/DF, 3ª Turma; Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* de 23/3/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário 809.579, Relator Ministro Gilmar Mendes, *DJe* de 17/9/2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0024.08.041230-7/002; Relator Desembargador Manuel Saramago, *DJe* de 10/7/2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COELHO, Daniela Mello. Regime de previdência dos servidores públicos. *In:* FORTINI, Cristiana (Coord.). *Servidor público*: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 35-56.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

• • •

Ação direta de inconstitucionalidade - Município de Monte Belo - Anexos IV e VII, da Lei nº 2.800, de 30 de junho de 2017 - Criação de cargos comissionados - Ausência de atribuições de direção, chefia, e assessoramento - Funções permanentes, meramente técnicas e operacionais - Ausência do necessário elemento de confiança pessoal da autoridade nomeante - Necessidade de provimento através de concurso público - Vulneração dos artigos 21, § 1º e 23, *caput*, da Constituição do Estado de Minas Gerais - Inconstitucionalidade reconhecida - Representação julgada procedente - Modulação dos efeitos - Cabimento - Segurança jurídica e excepcional interesse público - Legislação impugnada que contempla nomeações de cargos em comissão para implemento de serviços essênciais de fornecimento de água e saneamento básico - Prazo - Doze meses - Jurisprudência do col - Supremo tribunal federal - Representação julgada procedente, com a concessão de efeitos prospectivos - Voto vencido

- Criando a lei municipal, cargos em comissão, cujas atribuições não são de direção, chefia e assessoramento, mas funções permanentes, meramente técnicas e operacionais, e prescindindo, ainda, do necessário elemento de confiança pessoal da autoridade nomeante, não é cabível o provimento em comissão, sendo necessário o preenchimento dos cargos através de concurso público.

- Inconstitucionalidade reconhecida. Vulneração dos arts. 21, § 1º, e 23, *caput*, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

- É cabível a concessão de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, na forma do art. 27, da Lei Federal 9.868/1999.

- Legislação impugnada que contempla hipóteses de nomeação de cargos comissionados, para prover serviços essenciais à população, de nítido interesse público, fornecimento de água e saneamento básico,

razão pela qual a aplicação imediata dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sem oportunidade de o Município adequar-se aos ditames constitucionais, mostra-se nociva à sociedade.

- Concessão da modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para preservar os contratos já firmados até a data do julgamento, pelo período de 12 (doze) meses, a partir da publicação do acórdão, na esteira da jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal.

V.v.: - Diante da descrição legal das atribuições dos cargos em comissão de chefia, assessoramento e direção, inseridos na estrutura organizacional complexa do Município, que se sujeita à limitação percentual para o recrutamento amplo dos mesmos cargos, nos termos do art. 23 da CEMG, é de se rejeitar a representação de inconstitucionalidade para os cargos que preenchem os pressupostos constitucionais de validade.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.18.028456-4/000 - Comarca de Monte Belo - Requerente: Procurador-Geral de Justiça - Requeridos: Município de Monte Belo, Prefeito Municipal de Monte Belo, Presidente da Câmara Municipal de Monte Belo - Relatora: DES.ª SANDRA FONSECA

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, por maioria, JULGAR PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO, COM A CONCESSÃO DE EFEITOS PROSPECTIVOS.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2019 - *Sandra Fonseca* - Relatora.

Voto

DES.ª SANDRA FONSECA - Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pelo ilustre Procurador-Geral de Justiça, em face de parte dos anexos IV e VII, da Lei nº 2.800, de 30 de junho de 2017, do Município de Monte Belo, que disciplinam a criação de cargos em comissão no âmbito do município.

Alega o autor ministerial que os cargos comissionados diferem das funções de confiança ou gratificadas. Aduz que, em relação aos primeiros, é de rigor que a legislação instituidora preveja verdadeiras atribuições de chefia, assessoramento, ou direção, somadas ao elemento de fidúcia da autoridade nomeante, sob pena de desvirtuamento da forma de provimento em comissão, permitindo o preenchimento dos cargos por razões de conveniência política.

Sustenta que as normas municipais impugnadas criaram cargos cujas atribuições não são concernentes à chefia, assessoramento e direção, não havendo, também, o requisito de confiança da autoridade. Afirma que o plexo de atribuições dos cargos criados pela legislação municipal impugnada é de mero suporte técnico, de execução e de caráter permanente, sem o requisito da confiança da autoridade nomeante, e sem qualquer das atribuições constitucionalmente previstas, que autorizam o provimento sem a realização do concurso público.

Assevera que a mera nomenclatura do cargo, "coordenador" e "encarregado" não implica as atribuições próprias das funções de chefia, assessoramento, e direção.

Requer seja julgada procedente a representação, com a declaração da inconstitucionalidade dos anexos IV e VII, da Lei nº 2.800, de 30 de junho de 2017, do município de Monte Belo.

Não houve pedido de provimento cautelar.

A Coordenadoria de Pesquisa e Orientação Técnica informou não localizar nenhuma manifestação deste col. Órgão Especial sobre a legislação municipal impugnada (documento eletrônico de ordem 08). Devidamente intimada, a Câmara Municipal de Barbacena prestou informações e juntou documentos (documentos eletrônicos de ordem 13/22), defendendo a constitucionalidade da legislação impugnada, e requerendo a improcedência da representação.

O Município de Monte Belo prestou informações e juntou documentos (documentos eletrônicos de ordem 23/27), defendendo a constitucionalidade das normas municipais impugnadas.

Alega que muitos dos cargos em comissão são ocupados por servidores efetivos, razão pela qual requer a suspensão do processo, para regularizar a situação.

Alternativamente, requer a concessão de efeitos prospectivos. A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu sempre valioso parecer, opinou pela procedência total da representação (documento eletrônico de ordem 29).

Regularização da representação processual da Câmara Municipal (documentos eletrônicos de ordem 38/39).

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pelo ilustre Procurador-Geral de Justiça, em face de parte dos anexos IV VII, da Lei n.º 2.800, de 30 de junho de 2017, do Município de Monte Belo, que disciplinam a criação de cargos em comissão no âmbito do município, por não preencherem os cargos os requisitos constitucionais para o provimento em comissão.

A íntegra da legislação impugnada está contida nos documentos eletrônicos de ordem 02 a 06, com o respectivo certificado de autenticidade e vigência, contida no documento eletrônico de ordem 07.

Inicialmente, quanto ao pedido de suspensão do processo por convenção entre as partes, conforme bem ressaltou a digna Procuradoria Geral de Justiça, tal medida não é cabível na processualística aplicável às ações diretas de inconstitucionalidade, dado o desiderato de manutenção da unidade e harmonia do ordenamento jurídico, para a preservação dos princípios da supremacia e da força normativa da Constituição, sendo o interesse nitidamente publicista.

No tocante aos cargos de provimento em comissão, seguindo a diretriz constitucional federal, estabelece a Constituição do Estado de Minas Gerais:

> Art. 21 - Os cargos, funções e empregos públicos são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.
>
> § 1º - A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.
>
> [...]
>
> Art. 23 - As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

A Constituição Federal de 1988 introduz norma semelhante nos incisos II e V, do art. 37, ao estabelecer que os cargos em comissão configuram exceção ao concurso público, porquanto são de livre nomeação e exoneração, e suas atribuições devem estar conectadas à atividade de direção, chefia e assessoramento, havendo, ainda, o necessário elemento da fidúcia da autoridade nomeante.

Sobre a natureza das atribuições dos cargos em comissão, ensina a doutrina de Marçal Justen Filho:

> [...] a Constituição permite apenas a criação de cargos em comissão com atribuições que apresentem um cunho de confiança diferenciado. O cargo em comissão apenas pode ser adotado para funções de chefia e outras, que pressuponham uma margem de autonomia para investidura e demissão para parte da autoridade superior. Representa uma infração à ordem jurídica a atribuição ao titular do cargo em comissão de atribuições não comtempladas legalmente, o que configuraria um desvio de atribuições (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 773).

Deste modo, evidencia-se, desde logo, que não será qualquer conjunto de atribuições que ensejará a criação de cargos em comissão pelo legislador ordinário, em qualquer das esferas da Administração Pública.

Sob pena de inconstitucionalidade, a legislação que cria cargos em comissão deve estar restrita às atribuições de direção, chefia, assessoramento, não podendo veicular sob tal rubrica plexo de deveres e competências diversos.

Em análise às atribuições dos supra referidos cargos comissão impugnados, não se observa, a despeito da nomenclatura dos cargos, a especificação das funções de direção, chefia e assessoramento.

Trata-se de funções que, na verdade, concernem a atividades meramente burocráticas, operacionais e rotineiras da Administração, ligadas às mais diversificadas áreas de atuação rotineira, desde controle de almoxarifado e estoque, passando pela saúde, transporte, assistência social, etc.

Como se vê, as funções elencadas, no plexo de atribuições dos cargos acima elencados, meramente técnicas e operacionais, são passíveis de serem realizadas por servidores efetivos, tendo sido vulnerada, portanto, a regra constitucional do concurso público, violando, assim, o disposto nos arts. 21, § 1º, e 23 da Constituição Estadual.

Com efeito, as funções de natureza eminentemente técnicas e ordinárias da administração, que não necessitem da confiança pessoal da autoridade pública nomeante, não podem ser preenchidas através de provimento por comissão, devendo ser submetidas ao provimento pela regra geral do concurso público.

Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> Agravo regimental em recurso extraordinário. Inconstitucionalidade de lei. Criação de cargo comissionado sem caráter de assessoramento, chefia ou direção. Impossibilidade. Precedentes. Súmulas 279 e 280/STF. - "É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico" (ADI 3.602, Rel. Min. Joaquim Barbosa). Para dissentir do entendimento firmado pelo Tribunal de origem quanto à natureza jurídica dos cargos, bem como saber se existe subordinação entre o servidor nomeado para a função criada pela lei e seu respectivo superior hierárquico, faz-se necessário analisar a legislação local impugnada (Leis nºs 1.786/1998, 1.983/2001, 2.203/2005, 2.267/2005, 2.370/2007, 2.609/2009, 2.675/2010 e 2.843/2011) e reexaminar os fatos e provas constantes dos autos, providências que não têm lugar neste momento processual, nos termos das Súmulas 279 e 280/STF. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega pro-

vimento (Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 820442 AgR/SP - Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 28/10/2014 - Órgão Julgador: Primeira Turma - Publicação Acórdão Eletrônico *DJe*-229, divulg. 20/11/2014, public. 21/11/2014).

Dois agravos regimentais no segundo agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Administrativo. Funções gratificadas ou de confiança. Nomeação de servidores sem vínculo com a administração pública para o exercício da função. Impossibilidade. Precedentes da corte. Agravos regimentais não providos. 1. Funções públicas ou de confiança são plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a ser serem exercidas por titular de cargo efetivo, da confiança da autoridade que as preenche. Ditas limitações ao preenchimento de cargos e funções na Administração Pública visam conferir efetividade aos princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da eficiência administrativa. 2. A Constituição Federal, no inciso V do art. 37, preceitua as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, sendo inconcebível que a exigência constitucional do concurso público não possa ser contornada pela criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza, bem assim que, a título de preenchimento provisório de vaga ou substituição do titular do cargo - que deve ser de provimento efetivo, mediante concurso público -, se proceda à livre designação de servidores ou ao credenciamento de estranhos ao serviço público. 3. *In casu*, a Lei nº 8.221/1991 criou o Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, tendo sido proposta ação civil pública por suposta prática de atos de improbidade administrativa, visando a anulação dos atos de nomeações para exercício das funções gratificadas, as quais somente poderiam ser preenchidas por servidores do Quadro do referido Tribunal. Precedentes: ADI nº 1.141/GO-MC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* de 4/11/1994; RE nº 557.642/SP, Relatora Ministra Cármen Lúcia, *DJe* de 17/12/2010; RE nº 510.605/SP, Relator Ministro Celso de Mello, *DJe* de 4/8/2010; RE nº 376.440/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, *DJe* de 5/8/2010. 4. Agravos regimentais não providos (RE 503436 AgR-segundo/ PI - Relator Min. Luiz Fux - j. em 16/4/2013 - Órgão Julgador: Primeira Turma - Publicação Acórdão Eletrônico *DJe*-083, divulg. 3/5/2013, public. 6/5/2013).

Note-se que, ainda, que a nomeação dada aos cargos, "encarregado", "coordenador", ou "gestor", por si só, não atribui às funções a fidúcia e a vinculação direta à determinada autoridade pública, que é de rigor para a constitucionalidade da lei que cria cargos em comissão.

Neste sentido a jurisprudência deste col. Órgão Especial:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei do Município de Patrocínio. Exercício das atividades de Defensor Público pelo Procurador Geral do Município. Criação de cargos comissionados de pedagogo e encarregados de serviços. Inconstitucionalidade. Defensoria Pública. Instituição prevista apenas no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal. Organização a cargo de lei complementar. Cargos de carreira a serem providos mediante concurso público. Vedação do exercício da advocacia aos Defensores Públicos. Encarregados de serviço e pedagogos. Funções de natureza profissional. Cargos subalternos ou eminentemente técnicos que integram a estrutura da administração. Ausência de fidúcia. Cargos de provimento efetivo mediante concurso. Normas declaradas inconstitucionais. Representação acolhida. - Os cargos públicos de encarregados de serviço e pedagogos encerram funções de natureza profissional – subalternas, no caso dos encarregados de serviços, e eminentemente técnicas, no caso dos pedagogos –, integrantes da estrutura da Administração Municipal. Em ambas as hipóteses não há atribuição de assessoramento, chefia ou direção e tampouco há que se falar em fidúcia, atributo característico dos cargos em comissão. Não se trata, pois, de cargos de livre nomeação e exoneração, mas de cargos de provimento

> efetivo, cuja investidura só pode se dar, conforme comando constitucional (art. 37, V, Constituição Federal, e art. 23, da Constituição Estadual), por meio de concurso público. - Conquanto a prestação de assistência jurídica gratuita não seja exclusividade dos Defensores Públicos nem monopólio da União e dos Estados, a Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, será criada apenas em nível federal e estadual (e no Distrito Federal), com normas gerais prescritas em lei complementar, exigindo organização própria, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais (art. 134 da CF e art. 130 da CE) (TJMG - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.09.489872-3/000, Rel. Des. Herculano Rodrigues, Corte Superior, j. em 9/9/2009, p. em 27/11/2009).

No que se refere aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com relação à possibilidade de se conferir efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, confira-se a redação do art. 27, da Lei 9.868/1999:

> 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.

No mesmo sentido o disposto no art. 337, do RITJMG:

> Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Órgão Especial, 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.

O col. STF e este col. Órgão Especial têm entendimento no sentido de que é necessária a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos casos em que a abrupta supressão de cargos comissionados, no organograma administrativo municipal, gere a descontinuidade da prestação de serviços públicos essenciais, como é o caso de abastecimento de água e saneamento básico.

Confira-se:

> [...] 6. Modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Em razão da necessidade de continuidade da prestação da função de saneamento básico, há excepcional interesse social para vigência excepcional das leis impugnadas, nos termos do art. 27 da Lei n. 9868/1998, pelo prazo de 24 meses, a contar da data de conclusão do julgamento, lapso temporal razoável dentro do qual o legislador estadual deverá reapreciar o tema, constituindo modelo de prestação de saneamento básico nas áreas de integração metropolitana, dirigido por órgão colegiado com participação dos municípios pertinentes e do próprio Estado do Rio de Janeiro, sem que haja concentração do poder decisório nas mãos de qualquer ente. (ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 6/3/2013, *DJe*-181, divulg. 13/9/2013, public. 16/9/2013, Ement. Vol. 2.701-01, p. 01).

No caso dos autos, verifica-se, pela leitura da legislação declarada inconstitucional, que os cargos nela previstos têm lotação espraiada em vários setores essenciais da Administração Pública Municipal, saúde, educação, vigilância sanitária, assistência social, transportes, etc., como se disse acima, razão pela qual a sua abrupta supressão no organograma do serviço autônomo de água e esgoto da cidade de Barbacena representaria vulneração à continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

Desta forma, por razões relativas à segurança jurídica, atreladas tanto à necessidade de se garantir a continuidade do serviço público, como de se conferir respaldo à confiança legítima dos servidores nomeados em comissão, devem ser conferidos efeitos prospectivos à decisão.

Desta forma, concedo a modulação de efeitos da presente declaração de inconstitucionalidade, para preservar as nomeações em comissão já efetuadas, até a data da publicação do presente acórdão, pelo período de 12 (doze) meses, a partir da publicação do acórdão, a fim de que o Município de Monte Belo possa regularizar a sua legislação, harmonizando-a com os artigos 21 e 22 da Constituição do Estado de Minas Gerais.

No mesmo sentido, inclusive com relação ao prazo de doze meses, a jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal:

> Ação direta de inconstitucionalidade. EC nº 38/2005 do Estado do Acre. Efetivação de servidores públicos providos sem concurso público até 31 de dezembro de 1994. Violação do art. 37, II, CF. Precedentes. 1. Por força do art. 37, inciso II, da CF, a investidura em cargo ou emprego públicos depende da prévia aprovação em concurso público, sendo inextensível a exceção prevista no art. 19 do ADCT. Precedentes: ADI nº 498, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 9/8/1996; ADI nº 208, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 19/12/2002; ADI nº 100, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 1/10/2004; ADI nº 88, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 8/9/2000; ADI nº 1.350/RO, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 1/12/2006; ADI nº 289, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 16/3/2007, entre outros. 2. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, para se darem efeitos prospectivos à decisão, de modo que somente produza seus efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata do julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo à prestação de serviços públicos essenciais à população. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente (ADI 3609, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 5/2/2014, Acórdão Eletrônico *DJe*-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014) [...] 7. A realização de contratação temporária pela Administração Pública nem sempre é ofensiva à salutar exigência constitucional do concurso público, máxime porque ela poderá ocorrer em hipóteses em que não há qualquer vacância de cargo efetivo e com o escopo, *verbi gratia*, de atendimento de necessidades temporárias até que o ocupante do cargo efetivo a ele retorne. Contudo, a contratação destinada a suprir uma necessidade temporária que exsurge da vacância do cargo efetivo há de durar apenas o tempo necessário para a realização do próximo concurso público, ressoando como razoável o prazo de 12 meses. 8) A hermenêutica consequencialista indicia que a eventual declaração de inconstitucionalidade da lei fluminense com efeitos *ex tunc* faria exsurgir um vácuo jurídico no ordenamento estadual, inviabilizando, ainda que temporariamente, a manutenção de qualquer tipo de contratação temporária, o que carrearia um *periculum in mora* inverso daquele que leis como essa, preventivas, destinadas às tragédias abruptas da natureza e às epidemias procuram minimizar, violando o princípio da proporcionalidade - razoabilidade. 9) *Ex positis*, e ressalvada a posição do relator, julgou-se procedente a ação declarando-se a inconstitucionalidade da Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 4.599, de 27 de setembro de 2005. 10) Reconhecida a necessidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para preservar os contratos celebrados até a data desta sessão (28/5/2014), improrrogáveis após 12 (doze) meses a partir do termo *a quo* acima. (ADI 3649, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 28/5/2014, Acórdão Eletrônico *DJe*-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014).

No mesmo sentido, RE 527109, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 9/4/2014, Acórdão Eletrônico *DJe*-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014; e RE 556311, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 9/4/2014, Acórdão Eletrônico *DJe*-110. divulg. 6/6/2014, public. 9/6/2014.

Com estes fundamentos, julgo procedente a representação, para declarar a inconstitucionalidade parcial dos anexos IV e VII, da Lei nº 2.800, de 30 de junho de 2017, do Município de Monte Belo, com relação aos seguintes cargos neles criados: encarregado do setor de compras; encarregado do setor de patrimônio; encarregado do setor de almoxarifado; encarregado do setor de arrecadação; encarregado do setor de fiscalização; encarregado do setor de empenho; encarregado do setor de prestação de contas; encarregado do setor de ensino; encarregado do setor de cultura; encarregado do setor de merenda escolar; encarregado do setor de esporte e lazer; encarregado do setor de vigilância de saúde; encarregado do setor de regulação; encarregado do setor de atenção básica; encarregado do setor de apoio e gestão; encarregado do setor de tratamento fora de domícilio; encarregado do setor de transporte sanitário; encarregado do setor de transportes; encarregado do setor de estradas vicinais; encarregado do setor de limpeza urbana; encarregado do setor de agricultura; encarregado do setor de meio ambiente; coordenador do CRAS; gestor do Bolsa Família.

Concedo a modulação de efeitos da presente declaração de inconstitucionalidade para preservar as nomeações em comissão, até a publicação do presente acórdão, pelo período de 12 (doze) meses.

É como voto.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Peço vênia à em. Relatora para apresentar divergência.

É que, a meu aviso, as atribuições descritas dos cargos em comissão de assessoria, chefia e direção constantes dos Anexos IV e VII, da Lei n.º 2.800, de 30 de junho de 2017, do Município de Monte Belo não ferem o art. 23 da Constituição do Estado, com redação dada pelo art. 5º da Emenda à Constituição nº 49, de 13/6/2001, *in verbis*:

> Art. 23. As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Com efeito, trata-se de dispositivo da Constituição Estadual que reproduz norma contida na Constituição da República sobre a natureza das funções atribuíveis aos cargos comissionados, nos seguintes termos:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> [...]
>
> V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento [...].

Conforme ensina Jessé Torres Pereira Júnior,

> [...] o titular de cargo em comissão mantém vínculo profissional e funcional temporário com as atribuições do cargo; são dirigentes e assessores cuja investidura durará enquanto for íntegra a relação de confiança que gerou o comissionamento; exaurida a relação, são exoneráveis ao critério da autoridade competente (*Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 89).

De fato, tenho entendimento já manifestado no sentido de que as tarefas técnicas ou burocráticas próprias das atribuições dos cargos de provimento efetivo, de caráter perene, não se confundem com as atribuições de

assessoramento, chefia e direção compatíveis com o provimento em comissão, que tem por base a confiança e a transitoriedade.

Quanto ao assessoramento, este eg. Sodalício tem julgado ações diretas de inconstitucionalidade fundadas nos arts. 21 e 23 da CEMG, nas quais é questionada a validade de cargos comissionados criados em âmbito municipal, com atribuições eminentemente técnicas ou burocráticas que não se enquadram nas características constitucionalmente definidas para os cargos em comissão.

Daí a necessidade de examinarem-se casuisticamente as funções atribuídas aos referidos cargos pelas legislações municipais, diante do parâmetro constitucional que, além de estabelecer diretriz de percentual que limita o número de cargos de recrutamento amplo, prevê a finalidade do cargo e a característica predominante das funções a ele atribuídas.

De toda forma, não se pode desconsiderar o fato de que tanto a Constituição da República quanto a Constituição Estadual conservaram nos quadros da Administração Pública a figura do cargo em comissão, por considerá-lo necessário ao desempenho da atividade administrativa.

Portanto, não se me afigura possível negar o instituto do cargo comissionado em sede de controle de constitucionalidade, mas, tão somente, a partir do exame casuístico, identificar os excessos do legislador infraconstitucional ou omissões quanto à criação dos referidos cargos, a descrição das atribuições e limites percentuais para cargos de recrutamento amplo, levando-se em consideração as especificidades de cada função e de cada ente público.

Neste diapasão, as atribuições dos cargos comissionados impugnados na inicial estão previstas no anexo VII da Lei Municipal nº 2.800/2017, na sessão intitulada "Atribuições dos ocupantes de cargos em comissão: 1. Das atribuições coordenadores, encarregados e dos ocupantes de cargos de direção, chefia e assessoramento" (doc de ordem 4), conforme transcritas no voto do em. Relator.

Na espécie, quanto às atribuições descritas no Anexo VII da Lei Municipal n.º 2.800/2017, entendo que há suficiência da Lei que dispõe sobre a organização administrativa e as atribuições dos cargos comissionados questionados na inicial.

Com efeito, as descrições das atribuições constantes do referido Anexo permitem aferir que se trata de atribuições próprias da relação de confiança do Chefe do Poder Executivo e dos Secretários Municipais.

Com a devida vênia do em. Relator e daqueles que o acompanham, os cargos comissionados estão divididos por atribuições nas Secretarias Municipais e têm o condão de servir de apoio à gestão estratégica municipal, conforme a peculiar organização administrativa do Município.

Nesse sentido, conquanto não se possa negar a elevada quantidade de cargos descritos na Lei, tenho entendido que, conforme já asseverado alhures, os excessos no uso do cargo comissionado devem ser coibidos pelo percentual de limitação legal, fixado por cada ente público municipal, sobre o número de cargos efetivos existentes no Município, conforme prevê a Constituição Estadual.

De fato, a Constituição prevê cargos comissionados de chefia, direção e assessoramento, sem definir que devam necessariamente ser conjunto de atribuições inseridas na cúpula da Administração Pública, mas que podem ser utilizados na gestão estratégica, para o trabalho de interface entre os órgãos administrativos,

conforme a vontade política do Poder Legislativo Municipal, a quem a Constituição confere autonomia para dispor mediante lei e nos limites por ela fixados.

Assim, ante a falta de elementos nos autos que justifiquem a ampla declaração de inconstitucionalidade pretendida, e renovadas as vênias ao em. Relator, divirjo do voto de S. Ex.ª para rejeitar a representação.

Vencido neste aspecto – e ante a necessidade de quórum qualificado –, no tocante à modulação, acompanho a em. Relatora para fixar o prazo de doze meses, a contar da publicação deste acórdão.

DES. AFRÂNIO VILELA - Em exame, Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de parte dos anexos IV e VII, da Lei n.º 2.800, de 30 de junho de 2017, do município de Monte Belo, que disciplinam a criação de cargos em comissão no âmbito do município.

Para tanto, afirmam que não possuem atribuições de chefia, direção e assessoramento, bem ainda não requerem a necessária fidúcia própria da natureza do cargo.

Pois bem.

Sabe-se que para a criação de cargos de confiança de recrutamento amplo exige-se que as atribuições dos respectivos cargos requeiram, entre nomeante e nomeado, vínculo de fidúcia superior àquele que se espera do servidor ocupante de cargo efetivo. Além disso, ressalte- se que as atribuições dos referidos cargos deve ser eminentemente de direção e assessoramento, sendo vedado que se limite a atos meramente burocráticos ou técnicos próprios do serviço público permanente.

Dispõe a Constituição Estadual de Minas Gerais, artigos 13, 21, § 1º, 23, 66, III, *b* e 165, § 1º, *verbis*:

> Art. 13 - A atividade de administração pública dos Poderes do Estado e a de entidade descentralizada se sujeitarão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e razoabilidade (*caput* com redação dada pelo art. 1º da Emenda à Constituição nº 49, de 13/6/2001).
>
> § 1º - A moralidade e a razoabilidade dos atos do Poder Público serão apuradas, para efeito de controle e invalidação, em face dos dados objetivos de cada caso.
>
> [...]
>
> Art. 21 - Os cargos, funções e empregos públicos são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei. (Caput com redação dada pelo art. 4º da Emenda à Constituição nº 84, de 22/12/2010.)
>
> § 1º - A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.
>
> Art. 23. As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. (Redação dada pelo art. 5º da Emenda à Constituição nº 49, de 13/6/2001).
>
> [...]
>
> Art. 66 - São matérias de iniciativa privativa, além de outras previstas nesta Constituição:
>
> [...]

> III - do Governador do Estado:
>
> [...]
>
> 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; (Alínea com redação dada pelo art. 16 da Emenda à Constituição nº 84, de 22/12/2010).

A Constituição Federal dispõe no mesmo sentido:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> [...]
>
> V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;
>
> [...]"

No caso em apreço, como muito bem observou a culta relatora, Des.ª Sandra Fonseca, o Município de Monte Belo criou cargos em comissão com atribuições que não são de direção, chefia e assessoramento, mas funções permanentes, meramente técnicas e operacionais, e prescindindo, ainda, do necessário elemento de confiança pessoal da autoridade nomeante, não é cabível o provimento em comissão, sendo necessário o preenchimento dos cargos através de concurso público, impondo-se a declaração de inconstitucionalidade.

Também acompanho a e. relatora quanto à modulação de efeitos para determinar que as nomeações em comissão sejam preservadas até o período de 12 (doze) meses da publicação deste acórdão, de modo a observar o princípio da continuidade do serviço público e possibilitar ao Chefe do Poder Executivo prazo razoável para a realização do devido concurso público.

Posto isso, acompanho na íntegra o judicioso voto da e. relatora para julgar procedente a representação e para declarar a inconstitucionalidade parcial dos anexos IV e VII, da Lei nº 2.800, de 30 de junho de 2017, do Município de Monte Belo, com relação aos seguintes cargos neles criados: Encarregado do Setor de Compras; Encarregado do Setor de Patrimônio; Encarregado do Setor de Almoxarifado; Encarregado do Setor de Arrecadação; Encarregado do Setor de Fiscalização; Encarregado do Setor de Empenho; Encarregado do Setor de Prestação de Contas; Encarregado do Setor de Ensino; Encarregado do Setor de Cultura; Encarregado do Setor de Merenda Escolar; Encarregado do Setor de Esporte e Lazer; Encarregado do Setor de Vigilância de Saúde; Encarregado do Setor de Regulação; Encarregado do Setor de Atenção Básica;

Encarregado do Setor de Apoio e Gestão; Encarregado do Setor de Tratamento Fora de Domícilio; Encarregado do Setor de Transporte Sanitário; Encarregado do Setor de Transportes; Encarregado do Setor de Estradas Vicinais; Encarregado do Setor de Limpeza Urbana; Encarregado do Setor de Agricultura; Encarregado do Setor de Meio Ambiente; Coordenador do CRAS; Gestor do Bolsa Família.

Acompanho a e. relatora para determinar a modulação dos efeitos pelo período de 12 meses da publicação deste acórdão.

É como voto.

DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO - Acompanho, na íntegra, o voto da douta Relatora.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES MOACYR LOBATO, AMORIM SIQUEIRA, ALEXANDRE SANTIAGO, EDISON FEITAL LEITE, RENATO DRESCH, KILDARE CARVALHO, MÁRCIA MILANEZ, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, WANDER MAROTTA, GERALDO AUGUSTO, CAETANO LEVI LOPES, AUDEBERT DELAGE, BELIZÁRIO DE LACERDA, MOREIRA DINIZ, PAULO CÉZAR DIAS, EDILSON OLÍMPIO FERNANDES, ARMANDO FREIRE, SALDANHA DA FONSECA, ÁUREA BRASIL e MARIANGELA MEYER.

Súmula - POR MAIORIA, JULGARAM PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO, COM A CONCESSÃO DE EFEITOS PROSPECTIVOS.

• • •

Administrativo - Mandado de segurança - Servidor público - Processo administrativo disciplinar - Cassação de aposentadoria - Caráter contributivo e solidário do regime previdenciário - Enriquecimento ilícito do erário - Direito adquirido - Segurança concedida

- Se o regime próprio de previdência dos servidores do Estado de Minas Gerais tem caráter contributivo e solidário, não é possível conservar a sanção de cassação de aposentadoria do servidor público, sob pena de haver um enriquecimento indevido do Estado, que arrecada, por anos a fio, a contribuição do servidor, e nada devolve após cumpridos os requisitos especificados no texto constitucional para a obtenção do benefício previdenciário da aposentadoria.

- O fato de o servidor ter cometido um ilícito administrativo e haver conseguido se aposentar não pode gerar a perda da aposentadoria, na medida em que a contribuição tem como consequência a obrigação do poder público em prover os meios pecuniários indispensáveis à sobrevivência do servidor.

- Hipótese na qual a segurança deve ser concedida para que seja declarada nula a decisão administrativa que cassou a aposentadoria do impetrante, e, havendo ocorrido a contribuição para a aposentadoria, a retribuição que se espera que o Estado de Minas Gerais faça é pagar-lhe a aposentadoria, sem prejuízo de apurar sua conduta na esfera criminal.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.18.040621-7/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: Cláudio Antunes de Sá - Interessado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ALBERTO VILAS BOAS

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 REJEITAR A PRELIMINAR À UNANIMIDADE E CONCEDER A SEGURANÇA, POR MAIORIA.

Belo Horizonte, 13 de junho de 2019. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

Voto

DES. ALBERTO VILAS BOAS - 1 - A espécie em exame.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Cláudio Antunes de Sá contra ato praticado pelo Governador do Estado de Minas Gerais, que consistiu em aplicar a pena de cassação de aposentadoria no âmbito de processo administrativo disciplinar.

O impetrante argumentou ser integrante da Polícia Civil de Minas Gerais e haver trabalhado por mais de vinte anos como Detetive, Agente de Polícia e Examinador de Trânsito. Alegou que está aposentado por invalidez desde fevereiro de 2013, e, em 2011, fora instaurado processo administrativo pela Corregedoria-Geral da Polícia Civil para apurar a prática de transgressão disciplinar.

Salienta que há processo criminal em curso sobre os mesmos fatos no qual se apura o crime de lesão corpora,l e que o processo administrativo teve como resultado a confirmação da prática de falta disciplinar, sancionada com a cassação da aposentadoria, ato que foi assinado pelo Governador do Estado e publicado em 11 de janeiro de 2018.

Enfatiza que a cassação da aposentadoria não foi recepcionada pela nova ordem constitucional, especialmente após a EC nº 20/1998, a partir da qual o regime passou a ser contributivo, e a aposentadoria não representa mais um prêmio, mas um direito adquirido após anos de contribuição.

Argumenta que esta modalidade de sanção implica enriquecimento ilícito do Estado e que, sendo a relação previdenciária de caráter contributivo, o direito à aposentadoria desvincula-se do direito ao exercício do cargo, desde que o servidor tenha preenchido os requisitos para a aposentadoria.

Discorreu sobre a presença dos requisitos para a concessão da liminar, apontou a necessidade dos proventos para seu sustento e de sua família, a impossibilidade de trabalhar, e alegou que não tem outra fonte de renda, além de estar doente e endividado.

Ao final, requereu a concessão de liminar, com o restabelecimento dos pagamentos de proventos de aposentadoria e a concessão da segurança, com a anulação de ato de cassação de aposentadoria por invalidez e o restabelecimento em definitivo da condição de aposentado.

A liminar foi concedida (e-doc. nº 28).

A autoridade coatora prestou as informações (e-doc. nº 38), nas quais suscitou questão preliminar de inadequação da via eleita - regularidade do processo administrativo e impugnação de lei em tese.

No mérito, sustentou a constitucionalidade da cassação da aposentadoria, a impossibilidade de se utilizar a analogia para aproximar o Regime Geral da Previdência Social – que não prevê a cassação – ao Regime Próprio de Previdência, e refuta a alegação segundo a qual o regime previdenciário tem caráter contributivo que impede a cassação do benefício.

Argumenta que o ato de aposentadoria não se destina a acobertar irregularidades cometidas pelo servidor quando no efetivo exercício do cargo, e que, diante da expressa previsão legal no Estatuto da Polícia Civil, o servidor que preencheu os requisitos para o afastamento, mas possui contra si um processo administrativo disciplinar, não possui direito adquirido à aposentadoria.

Destaca a jurisprudência dos Tribunais – mesmo após a EC 20/1998 – em apoio à sua tese, salienta que a natureza da contribuição é tributária, e que a tônica do sistema previdenciário é a solidariedade, tendo-se inserido a contributividade apenas a partir de 1998, de modo que o autor não contribuiu a todo o tempo pela sua aposentadoria integral como quer fazer crer.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança (e-doc. nº 58).

2 - Questão preliminar: inadequação da via eleita e impugnação de lei em tese.

A autoridade coatora desenvolveu argumentação segundo a qual o mandado de segurança seria incabível na espécie em julgamento, porque não houve impugnação aos termos do processo administrativo e há impugnação de lei em tese.

Não lhe assiste razão, *data venia*.

Malgrado o impetrante não impugne o conteúdo do processo administrativo, não negue nem infirme a prática de falta disciplinar que culminou com a sua instauração, percebe-se que questiona seu resultado prático, haja vista que, sob sua ótica, não seria possível a imposição de pena administrativa que não mais teria sido recepcionada pelo texto constitucional em vigor.

A alegação da autoridade coatora deve ser rejeitada porque é lícito discutir no âmbito do mandado de segurança a validade jurídico-formal da pena de cassação de aposentadoria, não sendo indispensável que os motivos determinantes do ato administrativo tenham que ser obrigatoriamente questionados.

Por isso, a utilização do mandado de segurança é, do ponto de vista processual, correta, porque a questão proposta à discussão é de natureza estritamente jurídica e implicará a concessão ou não da ordem.

Outrossim, o impetrante não questiona ou controverte sobre os termos do art. 160 da Lei Estadual nº 5.406/1969, mas sobre os efeitos concretos do normativo aplicados sobre seu caso.

Vale dizer, seja com relação ao processo administrativo, seja com relação à lei de regência, a parte autora insurge-se contra o ato concreto praticado pela autoridade coatora consistente na cassação de sua aposentadoria. A impugnação aos termos da Lei se dá de modo incidental, circunstância que não obsta o julgamento da ação constitucional.

Rejeito a preliminar, *data venia*.

3 - Mérito.

Na espécie em exame discute-se a validade constitucional da sanção administrativa relativa à cassação da aposentadoria em relação a ilícito cometido no período no qual o servidor público estava na ativa.

Nesse particular, a pretensão do impetrante fundamenta-se no fato de que a instituição, a partir da EC nº 20/1998, da contribuição obrigatória ao regime de previdência para fins de aposentadoria faria com que a cassação da aposentadoria não mais fosse possível, na medida em que o servidor contribuiu para o custeio e pagamento deste benefício após seu afastamento definitivo do serviço público.

Todavia, é preciso refletir sobre o fato de que a aposentadoria não pode ter o condão de eliminar ou apagar os malfeitos administrativos realizados pelo servidor público, que, quando na ativa, poderia ser objeto da aplicação da pena de demissão.

Sendo assim, é possível dizer que, no âmbito da Suprema Corte, especialmente a partir do julgamento do MS nº 23.299, reconhece-se a validade jurídica da cassação da aposentadoria como sanção, e, nesse referido julgamento, o Min. Sepúlveda Pertence enfatizou que:

> Não há cogitar, igualmente, de ofensa ao ato jurídico perfeito da aposentadoria: a cassação da inatividade remunerada do servidor público é pena disciplinar legalmente prevista, à qual não se pode opor, como ato jurídico intangível, a concessão da aposentadoria, cuja existência, ao contrário, constitui o antecedente necessário de sua aplicabilidade.

De igual forma, ao julgar o AgR nº 23.219, Rel. Min. Eros Grau, a Suprema Corte reiterou que:

> 2. O fato de o servidor público ter atendido aos requisitos para a concessão de aposentadoria não impede a instauração de processo administrativo para apurar a existência de falta eventualmente praticada no exercício do cargo. Precedente [MS n. 21.948, Relator o Ministro Néri da Silveira, *DJ* 7/12/1995].
>
> 3. O Presidente da República prescinde do assentimento do Tribunal de Contas da União para exercer sua competência disciplinar. Precedente [MS n. 20.882, Relator o Ministro Celso de Mello, *DJ* 23/9/1994].
> 4. Não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário, o Tribunal tem confirmado a aplicabilidade da pena de cassação de aposentadoria. Precedente [MS n. 23.299, Relator o Ministro Sepulveda Pertence, *DJ* 12/4/2002].

No âmbito deste acórdão, tal qual naquele mencionado na ementa, o Tribunal não enfrentou a questão com a profundidade devida, sendo certo que o relator limitou-se a reproduzir o julgado relativo ao MS nº 23.299, sem examinar as mudanças operadas a partir da EC nº 20/1998 no que concerne ao regime contributivo da aposentadoria.

Por certo, no contexto do julgamento realizado no AgR no RMS nº 34.499, sob a relatoria do Min. Roberto Barroso, deu-se um novo enfoque ao tema quando, a par de validar a cassação da aposentadoria como consequência de ato de improbidade administrativa, reconheceu-se que

> 7. Destaco, finalmente, que, mesmo com a cassação da aposentadoria, o agravante não ficará desamparado, porquanto, a despeito de não lhe ser assegurado um suposto direito de resgate das contribuições previdenciárias pagas, a Constituição prevê uma solução para o caso, consistente na possibilidade de contagem do tempo de contribuição no regime próprio para a aposentadoria no Regime Geral de Previdência Social (art. 201, § 9º).

Mais recentemente e em decisão monocrática, o Min. Edson Fachin seguiu esta linha de raciocínio ao julgar o RMS nº 33.778, em 2/2/2018, no qual ratificou o posicionamento da Suprema Corte mediante a reprodução de decisões similares.

Por certo, é preciso considerar que esta modalidade de sanção administrativa sempre existiu no ordenamento jurídico dos Estados-membros. Ao menos, é da tradição do Estado de Minas Gerais, como se vê do art. 257 da LE nº 869/1952 – e inclusive é prevista no contexto do regime jurídico dos servidores públicos federais (Lei nº 8.112/1990, art. 134).

A razão desta previsão normativa talvez esteja vinculada ao fato de que nunca existiu, até a entrada em vigor da EC nº 20/1998, regra constitucional a estabelecer o regime contributivo para as aposentadorias no serviço público. Daí ter razão Maria Sylvia Zanella di Pietro ao asseverar que

> A justificativa para a previsão de penalidade dessa natureza decorre do fato de que o servidor público não contribuía para fazer jus à aposentadoria. Esta era considerada como direito decorrente do exercício do cargo, pelo qual respondia o Erário, independentemente de qualquer contribuição do servidor (Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores. *Conjur Revista Eletrônica*, de 16/4/2015. Acesso em 12/3/2018 - https://www.conjur.com.br/2015-abr-16/interesse-publicocassacao-aposentadoria-incompativel-regime- previdenciario-servidores).

Mas, essa realidade tornou-se distinta a partir da promulgação da EC nº 41/2003, porquanto a contribuição previdenciária recolhida pelo Estado destina-se ao custeio da aposentadoria e é feita de forma compulsória. Não se deve esquecer que a contributividade foi imposta aos servidores federais a partir da EC nº 3/1993 e facultada, por meio da EC nº 20/1998 aos servidores estaduais e municipais.

Em Minas Gerais, a Constituição Estadual sempre dispôs sobre o caráter contributivo e solidário de seu regime próprio de previdência:

> Art. 36. Aos servidores titulares de cargos de provimento efetivo do Estado, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime próprio de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do Estado, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Dessa forma, não se pode negar que, em Minas Gerais, se o regime próprio de previdência dos servidores tem caráter contributivo e solidário, não seria possível conservar a sanção de cassação de aposentadoria do servidor público, sob pena de haver um enriquecimento indevido do Estado, que arrecada, por anos a fio, a contribuição do servidor, e nada devolve após cumpridos os requisitos especificados no texto constitucional para a obtenção do benefício previdenciário da aposentadoria.

Sobre o tema, é preciso destacar a doutrina da Profª Maria SylviaZanella di Pietro quando enfatiza que:

> Antes da instituição do Regime Próprio do Servidor, a aposentadoria era um direito decorrente do exercício do cargo, financiado inteiramente pelos cofres públicos, sem contribuição do servidor, da mesma forma que outros direitos previstos na legislação constitucional e estatutária, como a estabilidade, a remuneração, as vantagens pecuniárias, as férias remuneradas. Note-se que a pensão, ao contrário dos outros direito ligados ao cargo, já tinha natureza previdenciária contributiva, desde longa data.
>
> Ocorre que houve declarada intenção do governo de aproximar o regime de aposentadoria do servidor público e o do empregado do setor privado. Tanto assim que o artigo 40, parágrafo 12, da Constituição manda aplicar ao Regime Próprio, no que couber, os "requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social".
>
> Sendo de caráter contributivo, é como se o servidor estivesse "comprando" o seu direito à aposentadoria; ele paga por ela. Daí a aproximação com o contrato de seguro. Se o servidor paga a contribuição que o garante diante da ocorrência de riscos futuros, o correspondente direito ao benefício previdenciário não pode ser frustrado pela demissão. Se o governo quis equiparar o regime previdenciário do servidor público e o do trabalhador privado, essa aproximação vem com todas as consequências: o direito à aposentadoria, como benefício previdenciário de natureza contributiva, desvincula-se do direito ao exercício do cargo, desde que o servidor tenha completado os requisitos constitucionais para obtenção do benefício.
>
> Qualquer outra interpretação leva ao enriquecimento ilícito do erário e fere a moralidade administrativa. Não tem sentido instituir-se contribuição com caráter obrigatório e depois frustrar o direito à obtenção do benefício correspondente. Assim, se a demissão não pode ter o condão de impedir o servidor de usufruir o benefício previdenciário para o qual contribuiu nos termos da lei (da mesma forma que ocorre com os vinculados ao Regime Geral), por força de consequência, também não pode subsistir a pena de cassação de aposentadoria, que substitui, para o servidor inativo, a pena de demissão.

E, no que concerne à solidariedade, a referida autora leciona que:

> Não se pode invocar, para afastar essa conclusão, o caráter solidário do regime previdenciário. Não há dúvida de que a solidariedade é uma das características da previdência social, quando comparada com a previdência privada. Podemos apontar as seguintes características do seguro social e que o distinguem do seguro privado: a) obrigatoriedade, pois protege as pessoas independentemente de sua concordância, assegurando benefícios irrenunciáveis; b) pluralidade das fontes de receita, tendo em vista a impossibilidade dos segurados manterem, por si, o sistema e cobrirem todos os benefícios; daí a ideia de solidarie-

> dade, que dá fundamento à participação de terceiros que não os beneficiários no custeio do sistema; c) desproporção entre a contribuição e o benefício, exatamente como decorrência da pluralidade das fontes de receita; d) ausência de lucro, já que é organizada pelo Estado.
>
> O fato de ser a solidariedade uma das características do seguro social não significa que os beneficiários não tenham direito de receber o benefício. Eu diria que a solidariedade até reforça o direito, porque ela foi idealizada exatamente para garantir o direito dos segurados ao benefício. De outro modo, não haveria recursos suficientes para manter os benefícios da previdência social. A solidariedade significa que pessoas que não vão usufruir do benefício contribuem para a formação dos recursos necessários à manutenção do sistema de previdência social; é o caso dos inativos e pensionistas e também dos servidores que não possuem dependentes mas têm que contribuir necessariamente para a manutenção do benefício; são as hipóteses em que à contribuição não corresponde qualquer benefício. Mas para os servidores assegurados, à contribuição tem necessariamente que corresponder um benefício, desde que preenchidos os requisitos previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional. A regra da solidariedade convive (e não exclui) o direito individual ao benefício para o qual o servidor contribuiu.
>
> A solidariedade não afasta o direito individual dos beneficiários, já que o artigo 40 da Constituição define critérios para cálculo dos benefícios, a saber, dos proventos de aposentadoria e da pensão, nos parágrafos 1º, 2º e 3º. Não há dúvida de que a contribuição do servidor, quando somada aos demais requisitos constitucionais, dá direito ao recebimento dos benefícios.
>
> Por isso, é que em regime previdenciário próprio no qual a solidariedade e a contributividade são as diretrizes essenciais, o fato de o servidor ter cometido um ilícito administrativo e haver conseguido se aposentar não pode gerar a perda da aposentadoria na medida em que a contribuição tem como consequência a obrigação do poder público em prover os meios pecuniários indispensáveis à sobrevivência do servidor.

Esta particularidade não escapou ao Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 610.290, quando decidiu que

> O benefício previdenciário instituído em favor dos dependentes de policial militar excluído da corporação representa uma contraprestação às contribuições previdenciárias pagas durante o período efetivamente trabalhado (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* de 15/8/2013).

E, no corpo do acórdão, o relator destacou que:

> Da mesma forma, entendo não existir vício material no diploma impugnado. Com efeito, diversamente do sustentado pelo recorrente, não se trata de um benefício gratuito concedido aos dependentes do policial militar, porém de uma contraprestação às contribuições previdenciárias por ele pagas durante o período efetivamente trabalhado.
>
> Dessa forma, sua exclusão da corporação não pode repercutir nos benefícios previdenciários para os quais efetivamente contribuiu.
>
> Entender de forma diversa seria placitar verdadeiro enriquecimento ilícito da Administração Pública que, em um sistema contributivo de seguro, apenas receberia as contribuições do trabalhador, sem nenhuma contraprestação em troca.

Percebe-se, portanto, que, quer quanto à pensão por morte, quer quanto à aposentadoria, o critério interpretativo deve ser o mesmo, na medida em que, se existir prova da contribuição do servidor para a obtenção futura de um determinado benefício previdenciário, a cassação da aposentadoria ou a exclusão da

corporação militar, como no caso paradigma, constituiriam forma de o Estado enriquecer-se após anos e anos de contínua contribuição.

E, na medida em que o regime contributivo é "um regime de caráter eminentemente retributivo" (ADI nº 2.010, Rel. Min. Celso de Mello), a contribuição feita pelo servidor implica a obtenção do provento de aposentadoria para si ou a concessão da pensão por morte para seus familiares como decorrência lógica desta equação.

Outrossim, pode parecer moralmente questionável a concessão de uma aposentadoria ao servidor que, na ativa, praticou ato ilícito que propiciaria a demissão ou, se aposentado, a cassação da aposentadoria.

Todavia, a possível repulsa interna do intérprete não pode conduzir à desconstituição do conceito jurídico da contribuição no contexto do regime próprio de previdência social, como é o caso dos autos. A demora da Administração em punir o servidor que, em geral, se antecipa e postula a aposentadoria quando já se encontra em faixa etária na qual não possui mais chances de obter, por concurso, um outro cargo público implica em dela exigir um tratamento mais expedito de suas apurações investigatórias, não a supressão de um direito adquirido – de aposentar – nos termos da lei.

Por essas razões, creio que o tema não foi examinado com a profundidade desejada no âmbito da Suprema Corte, salvo a tentativa iniciada na ADI nº 1.542, que não teve êxito em razão da revogação superveniente da norma tida como inconstitucional.

A circunstância de um acórdão reportar-se ao outro sem que exista uma fundamentação exauriente da questão jurídica ora tratada nestes autos recomenda o reconhecimento da inconstitucionalidade da pena de cassação da aposentadoria prevista quando o servidor houver contribuído para a obtenção deste benefício, sem prejuízo de que o STF volte a examiná-la de forma mais ampliada.

E, por fim, na espécie em exame o impetrante é servidor do Estado de Minas Gerais por mais de 20 anos, atuou como servidor da Polícia Civil, sendo certo que foi aposentado por invalidez, com proventos integrais.

Esta situação fática, portanto, acomoda-se à linha de argumentação acima especificada, no sentido de que, havendo ocorrido a contribuição para a aposentadoria, a retribuição que se espera que o Estado de Minas Gerais faça é pagar-lhe a aposentadoria, sem prejuízo de apurar sua conduta na esfera criminal.

Por fim, julgo necessário rejeitar, com base nos excertos doutrinários acima transcritos, as teses do Estado de Minas Gerais de que o impetrante fez equivocada e não autorizada analogia do Regime Geral de Previdência e o Regime Próprio de Previdência, e que a tônica do sistema previdenciário é a solidariedade, não a contributividade.

Consoante antes exposto, a Constituição Federal, após a EC 20/1998 fez aproximação entre os Regimes Previdenciários, conforme análise estabelecida por Maria Silvia Zanella Di Pietro. Ao aproximar os regimes, permitiu a transposição da essência dos mecanismos e institutos principais, permitindo a defesa da prevalência da contributividade sobre a solidariedade, embora ambos sejam predicados do sistema previdenciário vigente.

Dentro desta perspectiva, é viável o raciocínio pela inconstitucionalidade da aplicação da pena de cassação da aposentadoria.

Sobre a ausência de aprofundamento quanto ao tema no âmbito do STF, destaco parte de artigo escrito pelo advogado Vicente de Paula Santos – especialista em Regime Próprio do Servidor –, sobre a cassação de aposentadoria:

> A jurisprudência do STF, ainda vacilante, em que pese os respeitáveis argumentos alinhados pela doutrina e algumas decisões esparsas dos tribunais e do próprio STJ, ainda não refletiu com a desejada profundidade sobre a questão da cassação de aposentadoria de servidor público em face de superveniente condenação administrativa, tendo por base a Emenda 20/1998 e sucessivas Emendas.

Nas poucas oportunidades em que o STF tratou da cassação da aposentaria, o fez sem refletir, reproduzindo anacrônicos precedentes pela constitucionalidade e compatibilidade das leis estaduais que autorizam tal prática.

Neste ponto, já sofreu severas críticas de Bruno Sá Freire Martins, que aponta:

> [...] a pena de cassação de aposentadoria, nos contornos em que é colocada hoje, toma por conta os conceitos jurídicos existentes nos anos noventa, período em que foram ditados os Estatutos de Servidores, alimentados pelos institutos constantes do ordenamento jurídico constitucional de 1967, onde sempre se pressupôs que a relação jurídica entre Estado-servidor seria perpétua (https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI283624,1 1049-
>
> A+revogacao+da+pena+de+cassacao+de+aposentad oria+pela. Acesso em 6/5/2019).

4 - Conclusão.

Fundado nessas razões, concedo a segurança requerida na inicial.

Custas, pelo Estado de Minas Gerais, observada a isenção legal porque o impetrante não as antecipou em razão da concessão da justiça gratuita nesta instância.

Não há a incidência de honorários advocatícios por se tratar de mandado de segurança.

DES. RENATO DRESCH - Acompanho o eminente Relator no tocante à preliminar, mas peço-lhe vênia para divergir em relação ao mérito.

A controvérsia consistente dos autos versa sobre a possibilidade do impetrante, servidor inativo da Polícia Civil, ao direito líquido e certo de anular a decisão administrativa que culminou na cassação de sua aposentadoria.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, a Lei nº 5.406/1969, que contém a Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, prevê expressamente a pena de cassação de aposentadoria, nos termos dos arts. 154 e 160:

> Art. 154 - São penas disciplinares: [...]
>
> VI - cassação de aposentadoria ou disponibilidade. [...]
>
> Art. 160 - Será aplicada a pena de cassação de aposentadoria ou disponibilidade se ficar provado que o servidor policial inativo:

> I - praticou, quando em atividade, falta grave e que é cominada nesta lei a pena de demissão ou de demissão a bem do serviço público;
>
> [...]

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

> A cassação da aposentadoria ou disponibilidade será aplicada pelas autoridades competentes para imposição da penalidade de demissão (art. 141, I) e terá lugar quando o inativo haja praticado, na atividade, falta a que corresponderia tal sanção, e, ainda que a lei não o diga, terá de acarretar, por identidade de razão, as mesmas consequências previstas para os casos de demissão (*Curso de direito administrativo*. 19. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5/7/2005. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 298).

A jurisprudência mais recente do STF é no sentido de reconhecer a constitucionalidade da pena de cassação da aposentadoria para ilícitos praticados no exercício da profissão, não obstante o caráter contributivo do benefício.

Vejamos:

> Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Servidor público. Falta disciplinar. Cassação de aposentadoria. Constitucionalidade. Precedentes. Agravo desprovido. 1. A jurisprudência do STF é firme quanto à possibilidade de cassação de aposentadoria pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão, não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário. 2. Tendo o acórdão *a quo* dissentido da jurisprudência da Corte, o provimento do recurso extraordinário e o consequente restabelecimento dos efeitos da sentença proferida em primeira instância é medida que se impõe. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (ARE 1092355 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. em 17/5/2019, Processo Eletrônico *DJe*-109, divulg. 23/5/2019, public. 24/5/2019).

> Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. Militar. Cassação de proventos. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. A discussão acerca da incompetência do Tribunal de Justiça Militar estadual para determinar a pena de cassação dos proventos da inatividade em decorrência da perda de graduação demandaria, no caso, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, os quais são inviáveis em recurso extraordinário. Incidência das Súmulas nºs 279 e 280/STF. 2. A Corte já se pronunciou no sentido da possibilidade de cassação da aposentadoria, em que pese o caráter contributivo do benefício previdenciário. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (ARE 1056328 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em 29/6/2018, Processo Eletrônico *DJe*-174, divulg. 23/8/2018, public. 24/8/2018).

> Direito administrativo. Agravo interno em recurso ordinário em mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Improbidade administrativa. Cassação de aposentadoria. 1. Pena de cassação de aposentadoria aplicada a ex-Auditor da Receita Federal do Brasil, em razão da prática de improbidade administrativa (art. 132, IV, da Lei 8.112/1990). 2. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria prevista no art. 127, IV c/c 134 da Lei 8.112/1990, não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário. 3. Nos termos do art. 201, § 9º, da Constituição Federal, "para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e

> urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei. 4. Recurso desprovido (RMS 34499 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 11/9/2017, Processo Eletrônico *DJe*-214, divulg. 20/9/2017, public. 21/9/2017).

A penalidade prevista na lei é consequência jurídica da vontade do agente público, o qual, ao praticar o ilícito, tem consciência de que poderá sofrer efeitos de sua conduta, na esfera disciplinar.

Doutrina Marçal Justen Filho:

> É usual que a lei preveja um elenco de sanções, indicando os pressupostos de aplicação daquelas que configuram a punição mais severa. Nesse caso, cabe à autoridade administrativa uma competência discricionária, orientada pelo princípio da proporcionalidade, para adequar a punição à gravidade da conduta.
>
> O que se afigura inconstitucional é a ausência de previsão da sanção por lei ou a inexistência de padrões delimitadores de sua aplicação (*Curso de Direito Administrativo*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 810).

Assim, a pena de cassação de aposentadoria não viola o direito adquirido, nem o sistema contributivo da previdência social, pois integra o regime estatutário dos servidores públicos.

Trata-se de entendimento que vai ao encontro do resgate da moralidade administrativa no serviço público, sendo medida inibidora de ilícitos no serviço público.

Não cabe, dessa forma, cogitar dos reflexos previdenciários da aposentadoria como fundamento para invalidação de norma atinente ao regime disciplinar do servidor público.

Outrossim, está assegurada ao impetrante a possibilidade de contagem do tempo de contribuição no regime próprio para a aposentadoria no Regime Geral de Previdência Social, como bem pontuou o Ministro Roberto Barroso, no RMS 34499 AgR, julgado em 11/9/2017.

O fato de o regime previdenciário ter natureza contributiva não impede a aplicação da penalidade cuja constitucionalidade está sendo reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, em sede de mandado de segurança não vislumbro o direito líquido e certo invocado para conceder a segurança pretendida.

Com essas singelas considerações, peço vênia para divergir do eminente Relator, no tocante ao mérito, para denegar a segurança.

É como voto.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - *Data venia* do em. Relator, acompanho a divergência inaugurada pelo Des. Renato Dresch.

É que no precedente no Mandado de Segurança nº 1.0000.16.064723-6/000, julgado na sessão de 14/3/2018, havia-me manifestado de forma divergente, para sustentar a possibilidade da aplicação da pena de cassação de aposentadoria, com considerações que ora renovo.

Inicialmente, é de se ver que a orientação majoritária do exc. Supremo Tribunal Federal tem-se afastado da tese defendida pelo impetrante, malgrado a identificação pelo voto divergente de indícios de alteração da jurisprudência até então sedimentada.

Com efeito, a Corte Suprema tem reconhecido a constitucionalidade dos dispositivos legais que preveem a aplicação da pena de cassação de aposentadoria, conforme se colhe dos seguintes julgados:

> Mandado de segurança. Servidor público. Penalidade de cassação da aposentadoria por improbidade administrativa e por aplicação irregular de dinheiros públicos. - Inexistência de nulidade do processo dirigido pela nova comissão processante, porquanto, além de não haver ofensa ao art. 169 da Lei 8.112/1990, não houve prejuízo para a impetrante. - Improcedência da alegação de ocorrência de prescrição. Interpretação da fluência do prazo de prescrição na hipótese de ser interrompido o seu curso (art. 142, I e §§ 3º e 4º, da Lei 8.112/1990). - Falta de demonstração da alegação vaga de cerceamento de defesa. - A alegação de que as imputações à impetrante são inconsistentes e não foram provadas demanda reexame de elementos probatórios, o que não pode ser feito no âmbito estreito do mandado de segurança. - Inexistência do *bis in idem* pela circunstância de, pelos mesmos fatos, terem sido aplicadas a pena de multa pelo Tribunal de Contas da União e a pena de cassação da aposentadoria pela Administração. Independência das instâncias. Não aplicação ao caso da Súmula 19 desta Corte. - Improcedência da alegação de que a pena de cassação da aposentadoria é inconstitucional por violar o ato jurídico perfeito. - Improcedência da alegação de incompetência do Ministro de Estado da Educação e do Desporto. Mandado de segurança denegado (STF, MS n.º 22.728, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. em 22/1/1998, *DJ* de 13/11/1998, p. 5, Ement. vol. 01931-01, p. 150).

> I. Cassação de aposentadoria pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão (L. 8.112/90, art. 134): constitucionalidade, sendo irrelevante que não a preveja a Constituição e improcedente a alegação de ofensa do ato jurídico perfeito. II. Presidente da República: competência para a demissão de servidor de autarquia federal ou a cassação de sua aposentadoria. [...]. (STF, MS nº 23.299, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 6/3/2002, *DJ de* 12/4/2002, p. 55, Ement. vol. 2064-02, p. 302).

> Constitucional. Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Cassação de aposentadoria. Cerceamento de defesa. Alegação de inconstitucionalidade da cassação de aposentadoria: improcedência. Lei 8.112/1990. I.- Processo administrativo disciplinar: o quadro orgânico da legalidade no que toca à apuração de faltas disciplinares dos servidores públicos, na forma da Lei 8.112/1990. II.- Servidor público submetido a processo administrativo de forma regular, no qual foi-lhe assegurado o direito de defesa. Inocorrência de cerceamento de defesa. III - O Supremo Tribunal Federal assentou que não é inconstitucional a penalidade de cassação de aposentadoria: Lei 8.112/1990, art. 127, IV: MS 21.948/RJ, Relator Ministro Néri da Silveira, Plenário, 29/9/1994, *DJ* de 7/12/1995. IV - Inocorrência de violação ao princípio da proporcionalidade na aplicação da penalidade. V - R.M.S. não provido (STF, RMS n.º 24.557, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, j. em 2/9/2003, *DJ de* 26/9/2003, p. 25, Ement. vol. 2125-02, p. 227).

> Agravo regimental. Mandado de segurança. Administrativo. Infração disciplinar. Prescrição. Inocorrência. Art. 142, I e § 2º, da Lei nº 8.112/1990. Instauração de processo administrativo após a inatividade. Possibilidade. Competência disciplinar. Presidente da República. Cassação de aposentadoria. Aplicabi-

> lidade. Infrações praticadas de forma culposa. Dilação probatória. Impossibilidade. 1. O direito da Administração Pública Federal de punir seus servidores prescreve em cinco anos quanto às infrações passíveis de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão, contados a partir da data em que o fato tornou-se conhecido [art. 142, I e § 2º, da Lei n. 8.112/1990]. 2. O fato de o servidor público ter atendido aos requisitos para a concessão de aposentadoria não impede a instauração de processo administrativo para apurar a existência de falta eventualmente praticada no exercício do cargo. Precedente [MS n. 21.948, Relator o Ministro Néri da Silveira, *DJ* 7/12/1995]. 3. O Presidente da República prescinde do assentimento do Tribunal de Contas da União para exercer sua competência disciplinar. Precedente [MS n. 20.882, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 23/9/1994]. 4. Não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário, o Tribunal tem confirmado a aplicabilidade da pena de cassação de aposentadoria. Precedente [MS n. 23.299, Relator o Ministro Sepulveda Pertence, *DJ* 12/4/2002]. 5. A alegação de que os atos administrativos teriam sido praticados de forma culposa reclama dilação probatória incompatível com o mandado de segurança. 6. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, MS nº 23.219 AgR, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em 30/6/2005, *DJ* de 19/8/2005, p. 4, Ement. vol. 2201-1, p. 111, *LEXSTF* v. 27, n. 321, 2005, p. 169-173, *RTJ* vol. 195-01, p. 38, *RNDJ* v. 6, n. 72, 2005, p. 55-57).

> Agravo regimental. Suspensão de tutela antecipada. Servidor público estadual. Cassação de aposentadoria. Constitucionalidade. Decisão agravada que deferiu a suspensão de tutela antecipada. Agravo regimental improvido. I - A natureza excepcional da contracautela permite tão somente juízo mínimo de delibação sobre a matéria de fundo e análise do risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Controvérsia sobre matéria constitucional evidenciada e risco de lesão à ordem e à economia públicas verificado. II - O Plenário Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da cassação da aposentadoria, inobstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário. Precedentes: MS 21.948/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, MS 23.299/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence e MS 23.219-AgR/RS, Rel. Min. Eros Grau. III - Impõe-se a suspensão das decisões como forma de evitar o efeito multiplicador, que se consubstancia no aforamento, nos diversos tribunais, de processos visando ao mesmo escopo. Precedentes. IV - Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, STA n.º 729 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski (Presidente), Tribunal Pleno, j. em 28/5/2015, processo eletrônico, *DJe* divulg. 22/6/2015, public. 23/6/2015).

Na esteira do entendimento do exc. Supremo Tribunal Federal, não há falar que a pena de cassação da aposentadoria representaria violação à segurança jurídica ou ao ato jurídico perfeito, conforme se extrai do seguinte trecho tirado do voto condutor do MS n.º 22.728- 1/PR supracitado, *in verbis*:

> Também não tem procedência a alegação de que a pena de cassação da aposentadoria, prevista no inciso IV, do art. 127 da Lei 8.112/1990, é inconstitucional por violar o ato jurídico perfeito a que se refere o inciso XXXVI do art. 5º da Carta Magna. Com efeito, o ato jurídico perfeito impede que se desconstitua aposentadoria pela aplicação de lei posterior a ela, mas não há que se invocar esse princípio, que se situa no âmbito do direito intertemporal, para se pretender a inconstitucionalidade de lei que, com relação às aposentadorias ocorridas posteriormente a esta, comine sua cassação pela prática, na atividade – e, portanto, anteriormente à sua concessão –, de falta punível com demissão.

Destarte, como a Lei Estadual nº 5.406, que prevê a penalidade de cassação de aposentadoria, é de 16/12/1969, não há falar em violação de ato jurídico perfeito, pois tal penalidade já era existente de forma prévia ao ingresso do impetrante na Administração Pública, à instauração do Processo Administrativo Disciplinar e ao seu desfecho.

Ainda na esteira do entendimento firmado pelo Pretório Excelso, não se verifica qualquer dispositivo na Constituição da República que inviabilize a aplicação da pena de cassação de aposentadoria.

Sobre a possibilidade de aplicação da pena de cassação de aposentadoria, colhe-se da obra de José dos Santos Carvalho Filho:

> A cassação da aposentadoria, porém, tem natureza diversa. Cuida-se de penalidade por falta gravíssima praticada pelo servidor quando ainda em atividade. Se essa falta fosse suscetível, por exemplo, de pena de demissão, o servidor não faria jus à aposentadoria, de modo que, tendo cometido a falta e obtido a aposentadoria, deve esta ser cassada. Trata-se, por conseguinte, de penalidade funcional, ainda que aplicada a servidor inativo.
>
> Registre-se, por oportuno, que não há direito adquirido do ex-servidor ao benefício da aposentadoria, se tiver dado ensejo, enquanto em atividade, à pena de demissão. Por isso, inteiramente cabível a cassação da aposentadoria. Na verdade, até mesmo a aposentadoria compulsória de magistrado, que tem natureza punitiva, está sujeita à cassação se decisão superveniente a decretar em razão da condenação à perda do cargo. Semelhante solução tende a evitar que a aposentadoria (que – devemos lembrar – enseja remuneração) sirva como escudo para escamotear infrações gravíssimas cometidas pelo ex-servidor anteriormente, sem que se lhe aplique a necessária e justa punição.
>
> Por tal motivo, quando o servidor passa para a inatividade a fim de fugir à responsabilidade funcional, e posteriormente se conclui, em regular processo disciplinar, no sentido de que praticou falta gravíssima, a pena de cassação de aposentadoria apresenta-se com duplo efeito: invalida o ato de aposentadoria e traduz a aplicação de penalidade equivalente à de demissão (*Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 780).

No que diz respeito ao princípio da contributividade, tal óbice para a imposição da penalidade também restou superado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no STA nº 729.

Embora seja contributivo o regime previdenciário próprio dos servidores estaduais, não se pode negar a relação intrínseca da carreira funcional do servidor com a obtenção do benefício previdenciário.

Com efeito, a aposentadoria é resultado e desdobramento do regime funcional do servidor, que recolhe as contribuições previdenciárias não só para o recebimento dos seus proventos, mas também para a manutenção do próprio sistema previdenciário, assentado no princípio da solidariedade constitucional, que assegura a sustentabilidade do sistema. Assim, este aspecto, indissociável da vida funcional do servidor, que impõe o recolhimento da contribuição, a princípio, não se destina propriamente à composição de patrimônio privado do contribuinte, mas à manutenção do sistema previdenciário como um todo.

Lembre-se, nesse diapasão, que o caráter contributivo não pressupõe que apenas o servidor é que contribuiu para a formação das condições econômico-financeiras de custeio do benefício, pois é cediço que a Administração Pública também concorre, e de forma maior, para referido custeio, o que torna injusto que a sociedade, em nome de quem ela age, arque com a manutenção de benefícios previdenciários de quem não a respeitou no exercício de suas funções públicas.

Outrossim, o caráter contributivo não representa óbice, no presente mandado de segurança, para que se reconheça a constitucionalidade da pena aplicada, resguardado ao impetrante o direito de discutir, pela via própria e adequada, o cogitado enriquecimento sem causa da Administração Pública e a possibilidade de ressarcimento dos valores descontados a título de contribuição previdenciária.

Feitas tais considerações, a penalidade prevista em lei e aplicada, após o devido processo administrativo e sob a égide do principio da proporcionalidade, é plenamente constitucional e possibilita a conformação entre a probidade administrativa e o princípio da legalidade com a sanção aplicada.

É relevante a questão quando se avalia a possibilidade de a Lei Estadual prever a sanção administrativa de cassação da aposentadoria, aplicável a ilícitos funcionais mais graves como forma de garantir que o regime disciplinar dos servidores seja suficiente para coibir a o ilícito, de forma a evitar que aposentadoria seja um caminho de fuga para o servidor que pratica ato passível de processo administrativo disciplinar.

Ao exposto, renovadas as vênias, denego a segurança.

DES. ALEXANDRE SANTIAGO - No caso em comento, acompanho o eminente Desembargador Relator Alberto Vilas Boas, por entender que a cassação da aposentadoria do servidor, cujo direito foi incorporado ao seu patrimônio jurídico, revela ofensa ao princípio da segurança jurídica, notadamente ao ato jurídico perfeito.

A concessão de benefício previdenciário, aposentadoria *in casu*, somente é possível porque houve, anteriormente, o pagamento de contribuições previdenciárias regulares pelo segurado, uma vez que o sistema previdenciário do servidor público possui caráter contributivo.

Assim, a sua cassação como medida sancionatória decorrente de processo administrativo disciplinar é desarrazoada, importando verdadeira violação ao princípio da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

DES. GILSON SOARES LEMES - Coerente com o posicionamento que adotei no julgamento do Mandado de Segurança nº 1.0000.18.043218-9/000, julgado perante este egrégio Órgão Especial, acompanho o judicioso voto proferido pelo eminente Relator, *data venia*.

O v. acórdão restou assim ementado:

> Mandado de segurança. Servidor público estadual aposentado. Processo administrativo disciplinar. Pena. Cassação de aposentadoria. Lei 859/1952. Não recepção de ordem constitucional vigente. EC 20/1998. Previdência de caráter contributivo e não premial. Sistema contraprestativo. Aspecto social. Enriquecimento sem causa do erário. Direito adquirido. Segurança jurídica. Concessão da segurança. - A Previdência Social brasileira baseia-se em sistema contraprestativo, no qual os segurados mediante o pagamento de contribuições pecuniárias e o preenchimento de certos requisitos temporais ou de saúde, dentre outros específicos, adquirem o direito ao recebimento do benefício previsto. - Com a promulgação da EC nº 20/1998, o Constituinte inseriu preceito transformando o tempo de serviço em tempo de contribuição, mudando, assim, o conceito de aposentadoria "premial" para aposentadoria "contributiva", o que leva ao questionamento da recepção da norma que prevê a cassação de aposentadoria pela nova norma constitucional vigente na esfera previdenciária, no âmbito federal, estadual e municipal. V.v.: mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Cassação de aposentadoria. Previsão legal. Constitucionalidade. Entendimento dos tribunais superiores. Legalidade do ato. Anulação. Impossibilidade. Segurança denegada. 1. De acordo com a orientação dos Tribunais Superiores é constitucional a penalidade de cassação de aposentadoria, mesmo diante do caráter contributivo do benefício previdenciário. 2. Não sendo alegados quaisquer vícios no procedimento administrativo que culminou na

> aplicação da penalidade, não há que se falar na anulação do ato de cassação de aposentadoria. (Desembargador Edilson Fernandes - Relator vencido) (TJMG - Mandado de Segurança nº 1.0000.18.043218-9/000, Rel. Des. Edilson Olímpio Fernandes, Rel. p/ o acórdão: Des. Wanderley Paiva, Órgão Especial, j. em 7/11/2018, p. em 29/11/2018).

A Constituição mineira trata do caráter contributivo e solidário do regime próprio de previdência dos servidores públicos, *in verbis*:

> Art. 36. Aos servidores titulares de cargos de provimento efetivo do Estado, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime próprio de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do Estado, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Portanto, considerando que o impetrante contribuiu para o regime previdenciário, tanto que lhe foi concedida aposentadoria por tempo de serviço, evitando-se odioso enriquecimento sem causa da Administração Pública, não vejo fundamentos para a manutenção do ato coator.

Vale ressaltar o caráter compulsório da contribuição previdenciária, o que reforça a impossibilidade, na vigência do atual ordenamento jurídico, da imposição da pena de cassação da aposentadoria.

Com essas breves considerações, dou minha adesão ao voto proferido pelo ilustre Relator.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AMORIM SIQUEIRA, EDISON FEITAL LEITE, KILDARE CARVALHO, MÁRCIA MILANEZ, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, WANDER MAROTTA, AUDEBERT DELAGE, BELIZÁRIO DE LACERDA, MOREIRA DINIZ, PAULO CÉZAR DIAS, ARMANDO FREIRE, WANDERLEY PAIVA, DÁRCIO LOPARDI MENDES, DOMINGOS COELHO e ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR À UNANIMIDADE E CONCEDERAM A SEGURANÇA, POR MAIORIA.

• • •

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei municipal - Limitação da distância entre postos de combustíveis - Súmula vinculante nº 49 do STF - Ofensa ao princípio da livre concorrência - Inconstitucionalidade em parte presente - Pretensão parcialmente acolhida

- De acordo com a Súmula Vinculante nº 49 do egrégio Supremo Tribunal Federal, ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

- Segundo decidido pela Suprema Corte, desrespeita a referida súmula vinculante a norma local que restringe a abertura de postos de combustíveis considerado o critério geográfico.

- Assim, incide em inconstitucionalidade o art. 3º, VI, a.3, da Lei municipal nº 4.766, de 2016, de Barbacena, que vedou a implantação de postos revendedores, postos/pontos de abastecimento e instalações de sistema retalhista dentro de um raio de influência de 2.000 metros, medidos a partir das divisas dos terrenos.

- Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, VI, a.3, da Lei municipal nº 4.766, de 2016, de Barbacena.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.16.066385-2/000 - Comarca de Barbacena - Requerente: Antonio Carlos Doorgal de Andrada - Requerido: Presidente da Câmara Municipal de Barbacena - Relator: DES. CAETANO LEVI LOPES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em julgar parcialmente procedente a pretensão inicial.

Belo Horizonte, 23 de maio de 2019. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Voto

DES. CAETANO LEVI LOPES - O requerente aforou esta ação direta de inconstitucionalidade contra a Câmara Municipal de Barbacena. O objetivo é a declaração de inconstitucionalidade da Lei municipal nº 4.766, de 13/4/2016, que altera os artigos 112, 113, 114 e 115, da Lei municipal nº 3.247, de 1995, que "Dispõe sobre o Código de Obras e Edificações do Município de Barbacena e dá outras providências". Afirmou que a lei impugnada fixou em dois mil metros a distância mínima para a implantação de postos revendedores de combustíveis, postos/pontos de abastecimento e instalações de sistema retalhista, que pretendam se instalar dentro de um raio de influência, medidos a partir das divisas dos terrenos. Asseverou que houve afronta aos princípios da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade, haja vista que a distância fixada é incompatível com o Município de Barbacena. Acrescentou que todos os postos existentes no município não atendem as limitações espaciais e os requisitos trazidos pela lei impugnada e, assim, não conseguirão a renovação do alvará de funcionamento. Esclareceu que a lei impugnada impede o desenvolvimento

econômico do Município de Barbacena, colocando em risco a economia local. Informou que o projeto de lei foi vetado pelo requerente, mas no Poder Legislativo rejeitou o veto e promulgou a lei em questão. Entende que a promulgação da lei impugnada vulnerou o art. 231 da Constituição do Estado de Minas Gerais, bem como os princípios constitucionais da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade.

O requerente, por meio da petição inserida no arquivo eletrônico nº 21, asseverou que a Secretaria Municipal de Planejamento e Gestão de Barbacena emitiu o parecer técnico SEPLAN/SUBFOM nº 1/2017 (arquivo eletrônico nº 22), no qual consta que a Lei municipal nº 4.666, de 2016 (objeto desta ação), é de observância obrigatória enquanto não sobrevier legislação que a modifique ou revogue. Acrescentou que o referido parecer apontou divergência quanto ao suposto vício de iniciativa, além de informar que a citada norma já está sendo observada pela Administração municipal e que, ainda que esta ação seja julgada procedente, somente poderia incidir sobre o art. 3º, VI, a.3, da Lei municipal nº 4.666, de 2016, e de forma parcial. Afirmou o desinteresse da atual gestão, manifestado pela Secretaria Municipal de Planejamento e Gestão, no deferimento da medida cautelar pleiteada, uma vez que há necessidade de se definir os limites prévios desta ação em razão do que foi apresentado no parecer técnico SPLAN/SUBFOM nº 1/2017.

A medida cautelar foi parcialmente concedida no acórdão constante do arquivo eletrônico nº 39.

A requerida manifestou-se no arquivo eletrônico nº 52. Afirmou que a norma impugnada visa proteger a vida, a saúde, a segurança, o patrimônio e o meio ambiente. Asseverou que o princípio da livre concorrência não pode prevalecer sobre tais direitos e garantias fundamentais. Acrescentou que as exigências da lei não incidem sobre os postos revendedores em funcionamento na data da publicação da lei, ficando sujeitos apenas à obtenção da Licença de Operação - LO ou Autorização Ambiental de Funcionamento - AAF, o que já era previsto pela Resolução CONAMA nº 273, de 2000. Esclareceu que somente os postos revendedores que estivessem em inatividade por 180 dias ou mais é que estariam sujeitos a todas as exigências da lei. Informou que a Súmula Vinculante nº 49 é posterior à edição da Lei municipal nº 4.766, de 2016. Afirmou que a estipulação de distância mínima entre um posto existente e outro que queira se instalar no Município não pode ser alcançada pelo que dispõe a Súmula Vinculante nº 49, por se tratar de uma atividade potencialmente poluidora e assaz perigosa.

A douta Procuradoria Geral de Justiça oficiou no feito. A Dra. Maria Angélica Said, Procuradora de Justiça, emitiu o parecer inserido no arquivo eletrônico nº 57 e opinou pela procedência parcial da pretensão inicial, para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, VI, a.3, da Lei municipal nº 4.766, de 2016, de Barbacena.

Cumpre examinar se o art. 3º, VI, a.3, da Lei municipal nº 4.766, de 2016, de Barbacena, é inconstitucional, uma vez que o pedido inicial foi delimitado pelo requerente na petição inserida no arquivo eletrônico nº 21.

Não há matéria de fato a ser examinada.

Em relação ao direito, anoto, *a priori*, que a lei impugnada tem o seguinte teor:

> Lei municipal nº 4.766, de 13.04.2016.
>
> Altera os artigos 112, 113, 114 e 115 da Lei Municipal nº. 3247/1995, que "Dispõe sobre o Código de Obras e Edificações do Município de Barbacena e dá outras providências".
>
> Art. 3º. Fica vedada a concessão de quaisquer alvarás à execução de projetos para a construção, instalação, modificação, ampliação e reforma de postos revendedores, postos/pontos de abastecimento e insta-

> lações de sistema de retalhista, que não comprovem, previamente, a observação obrigatórias disposições do Código de Obras e Edificações do Município de Barbacena e dos aspectos técnicos seguintes, sem prejuízo da legislação ambiental aplicável:
>
> VI - Para a prevenção contra danos à vida e à saúde humana, ao meio ambiente e ao patrimônio de terceiros, ocasionados por incêndios e explosões, que possuam ser causadas por derramamentos e vazamentos de combustíveis, fica vedada a implantação de postos revendedores, postos/pontos de abastecimento e instalações de sistema retalhista que pretendam se instalar dentro de um raio de influência, medidos a partir das divisas dos terrenos, de:
>
> a) 2.000 m (dois mil metros) para:
>
> a. 3) estabelecimentos que comercializem GLP, exceto o próprio empreendimento; estabelecimentos que utilizem oxigênio liquefeito e/ou pressurizado; e outros postos revendedores, postos de abastecimento e instalações de sistema retalhista; uma vez que a ocorrência de vazamentos potencializa o efeito devastador do acidente e dificulta a identificação do estabelecimento causador.

Feito o reparo, anoto que a Constituição da República estabelece normas de observância obrigatória para todo o ordenamento jurídico e a desconformidade de ordem material ou formal acarreta invalidade da norma infraconstitucional. Neste sentido é a lição de Carmen Lúcia Antunes Rocha na obra *Constituição e constitucionalidade*, Belo Horizonte: Editora Lê, 1991, p. 106:

> Inconstitucionalidade material e formal.
>
> Configura inconstitucionalidade material a desconformidade ou incompatibilidade do conteúdo de lei, ato normativo ou comportamento com o disposto em norma constitucional. A Constituição obriga. O desacatamento desta obrigação agrava o sistema, rompendo-se toda a harmonia do ordenamento, e patenteando-se a incongruência entre a norma constitucional e a infraconstitucional ou o comportamento controlado, donde exsurge a imperiosidade daquela como polo central, primário e superior do sistema.

Não apenas o agravo aos direitos fundamentais pode ser considerado inconstitucionalidade material. Qualquer agressão sofrida pela norma constitucional é inválida. O que importa, para esta constatação, é a existência de confronto e adversidade ou incompatibilidade entre conteúdo constitucionalmente posto e diverso e incompossível tratamento dele em norma infraconstitucional. A supremacia constitucional não se impõe apenas pela superioridade formal, mas principalmente pelo conteúdo que se firma e se forma como embasador do Estado e, neste, das diretrizes sobre a extensão e o exercício dos direitos e deveres pelos indivíduos em seu relacionamento sociopolítico, econômico e cultural.

A inconstitucionalidade formal manifesta-se pela inobservância e descombinação na forma ou no processo de formação da lei com a norma constitucional que dela trate. Pode ocorrer em razão do processo legislativo, de circunstâncias havidas em sua tramitação, do elemento temporal diverso e inconciliável com a exigência constitucional, enfim por ausência de pureza na tramitação do processo do qual nasce a lei. Algum elemento ou formalidade ou todos os exigidos constitucionalmente terão sido agredidos para que se estampe a inconstitucionalidade formal.

O art. 170 da Constituição da República traz o princípio da livre iniciativa:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

> [...]
>
> IV - livre concorrência;

Tal norma é de observância obrigatória pelos Municípios, por força do art. 165, § 1º, da Constituição do Estado de Minas Gerais:

> 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.
>
> § 4º Todo o poder do Município emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos de sua Lei Orgânica e da Constituição da República.

A Súmula Vinculante nº 49 do egrégio Supremo Tribunal Federal estabelece: "Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área".

Segundo entendimento da Suprema Corte, a referida súmula se aplica aos postos de combustíveis:

> [...] Ao se impedir a instalação de posto de combustíveis tendo em conta o critério da distância entre estabelecimentos congêneres, acabou desrespeitado o verbete vinculante nº 49 da Súmula do Supremo. Confiram o teor deste: Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área. Consoante se observa, o verbete encerra entendimento, em tese e vinculante, no sentido da insubsistência de norma local voltada a restringir a abertura de comércios de idêntica atividade considerado o critério geográfico. Nele não há - certo ou errado, descabe, nesta via, perquirir - ressalva, inclusive no tocante a possível necessidade de tutelar-se a segurança de munícipes. [...] (Rcl. 31.252 - BA, Relator Min. Marco Aurélio, j. em 29/10/2018, *DJe* de 5/11/2018).

Observo que o art. 3º, VI, a.3, da Lei municipal nº 4.766, de 2016, de Barbacena, vedou a implantação de postos revendedores, postos/pontos de abastecimento e instalações de sistema retalhista dentro de um raio de influência de 2.000 metros, medidos a partir das divisas dos terrenos, a fim de evitar danos à vida e à saúde humanas, ao meio ambiente e ao patrimônio de terceiros, ocasionados por incêndios e explosões, que possam ser causadas por derramamentos e vazamentos de combustíveis.

Todavia, de acordo com o entendimento do egrégio Supremo Tribunal Federal, a Súmula Vinculante nº 49 aplica-se aos postos de combustíveis. Logo, a norma questionada é mesmo inconstitucional.

Anoto, por fim, que o fato de a lei impugnada ser anterior à Súmula Vinculante nº 49, não impede que o Poder Judiciário aprecie a constitucionalidade de ato normativo.

Com estes fundamentos, julgo parcialmente procedente a pretensão inicial e declaro a inconstitucionalidade do art. 3º, VI, a.3, da Lei municipal nº 4.766, de 2016, de Barbacena.

Cumpra-se o disposto no art. 338 do Regimento Interno deste Tribunal.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AUDEBERT DELAGE, BELIZÁRIO DE LACERDA, EDGARD PENNA AMORIM, PAULO CÉZAR DIAS, EDILSON OLÍMPIO FERNANDES, ARMANDO FREIRE, SALDANHA DA FONSECA, AFRÂNIO VILELA, WANDERLEY PAIVA, ÁUREA BRASIL, MARIANGELA MEYER, MOACYR LOBATO, AMORIM SIQUEIRA, EDISON FEITAL LEITE, RENATO DRESCH, GILSON SOARES LEMES, KILDARE CARVALHO, MÁRCIA MILANEZ, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, WANDER MAROTTA, GERALDO AUGUSTO e NEWTON TEIXEIRA CARVALHO.

Súmula - JULGARAM PARCIALMENTE PROCEDENTE A PRETENSÃO INICIAL.

• • •

Incidente de inconstitucionalidade - Município de Patos de Minas - Contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública - Lei complementar nº 186/02 - Fixação diversa da base de cálculo por meio de decreto - Afronta ao princípio constitucional da legalidade tributária - Incidente acolhido parcialmente

- A fixação da base de cálculo de Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública, por decreto, de forma diversa da delimitada na lei regulamentada viola o princípio constitucional da legalidade tributária.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0480.09.132901-5/004 - Comarca de Patos de Minas - Requerente: Terceira Camara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Requerido: Orgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Interessado: Município de Patos de Minas, Francisco Fernandes de Magalhaes, Ernestina Alves Pereira e outro, Laert Madureira Campos - Relator: DES. GERALDO AUGUSTO

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 ACOLHER PARCIALMENTE O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Belo Horizonte, 24 de maio de 2019 - *Geraldo Augusto* - Relator.

Voto

DES. GERALDO AUGUSTO - A d. 3ª Câmara Cível deste TJMG encaminhou o presente incidente de inconstitucionalidade em relação ao Decreto nº 2.522/2002 do Município de Patos de Minas, que, em seu art. 4º, fixou a base de cálculo da Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública (f. 556/558).

A Coordenadoria de Pesquisa e Orientação Técnica deste Tribunal informa não ter havido manifestação anterior do Órgão Especial sobre a norma questionada (f. 567).

A d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo acolhimento da presente arguição (f. 577/581).

É o relatório.

Trata-se de ação de repetição de indébito tributário, na qual os autores pretendem principalmente a condenação do Município de Patos de Minas a lhes restituir os valores pagos indevidamente a título de Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública (COSIP), cobrada com base na LC municipal nº 186/2002, revogada pela LC municipal nº 520/2015, que instituiu uma nova tabela da COSIP.

Na r. sentença, o MM. Juiz da Causa, reconhecendo a ilegalidade da cobrança da COSIP realizada em desacordo com a LC municipal nº 186/2002, notadamente com a tabela de alíquotas constantes do Anexo I, condenou o Município a restituir aos autores os valores cobrados em excesso.

Nas razões de apelação, o ente tributante sustenta que a cobrança da COSIP foi feita nos termos do art. 4º da LC municipal nº 186/2002 e do Decreto municipal nº 2.522/2002. Salienta que o fato de o Decreto ter vinculado a base de cálculo da COSIP ao valor da tarifa de iluminação pública vigente, subgrupo B4b, estipulado anualmente pela ANEEL, não afronta o princípio constitucional da legalidade tributária.

Ao entendimento de que a base de cálculo da COSIP não teria sido fixada pela LC nº 186/2002, mas pelo Decreto municipal 2.522/2002, em afronta ao princípio constitucional da legalidade tributária (art. 150, I, da CF), o órgão fracionário submeteu a questão prejudicial a este Órgão Especial.

Com efeito, a Constituição Federal, por meio do art. 149-A, deferiu aos Municípios e ao Distrito Federal competência para "instituir contribuição na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III". O inciso I do aludido art. 150 contém o princípio constitucional da legalidade tributária, segundo o qual é vedado aos entes tributantes "exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça".

Exigir tributo significa criar, instituir. Tributo é prestação instituída em lei, na expressão contida no art. 3º do CTN, de sorte que nenhuma imposição tributária é possível sem uma lei que a determine - *nullum tributum sine lege*.

Assim, em regra, para se criar um tributo é necessário que a lei – ou os atos que a própria Constituição atribua força de lei, como as medidas provisórias – estabeleça o fato gerador da obrigação principal, a base de cálculo, as alíquotas e os contribuintes. Tais matérias estão sujeitas à denominada reserva legal enumeradas pelo art. 97 do CTN, que apenas explicita, de forma taxativa, o princípio constitucional da legalidade tributária.

Esclarece Eduardo Sabbag:

> [...] não basta que se disponha na lei que um dado tributo fica assim instituído, deixando-se, por exemplo, para um ato infralegal a indicação da alíquota, da base de cálculo, do sujeito passivo ou do fato gerador. [...]. Pretende-se, sim, que a lei tributária proponha-se a definir *in abstracto* todos os aspectos relevantes da fisiologia do tributo, para que se possa, *in concreto*, identificar o quanto se pagará, por que se pagará, a quem se pagará, entre outras respostas às naturais indagações que se formam diante do fenômeno da incidência" (*Manual de Direito Tributário*, 2017, p. 36-37).

Na espécie, portanto, somente através de lei própria, em sentido formal, os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir a cobrança da COSIP, estabelecendo o fato gerador da obrigação principal, a base de cálculo, as alíquotas e os contribuintes da exação.

A LC nº 186/02 instituiu a COSIP no âmbito do Município de Patos de Minas. A imposição tributária tem "como fato gerador, a utilização efetiva ou potencial dos serviços públicos de instalação, melhoramento, manutenção, expansão e fiscalização do sistema de iluminação pública, prestado pelo Município ao contribuinte ou colocado à sua disposição, diretamente, ou através de concessionários" (art. 2º). A contribuição é "devida por todos os proprietários ou titulares do domínio útil ou possuidores de imóvel edificado ou não, localizado em logradouro beneficiado pelo serviço de iluminação pública ou que dele venham servir-se" (art. 3º).

Em relação à base de cálculo, a lei preceitua que ela "será determinada em função do custo estimado da respectiva atividade pública específica", cobrando-se a contribuição de acordo com a tabela constante do seu Anexo I (art. 4º, *caput* e parágrafo único):

> Anexo I
>
> Contribuição de iluminação pública para imóveis edificados
>
> Classes de consumo (KWH) Percentuais da contribuição de iluminação pública
>
> 0 a 50 - ISENTO
>
> 51 a 100 - 3,0%
>
> 101 a 200 - 6,0%
>
> 201 a 300 - 9,0%
>
> Acima de 300 -10,0%
>
> Imóveis referidos no § 1º do art. 3º - 1,5 (uma e meia) UFPM por m da testada do imóvel por ano.

Em que pese o *caput* do art. 4º dispor que a base de cálculo "será determinada em função do custo estimado da respectiva atividade pública específica", o Anexo I da aludida lei estabeleceu as alíquotas aplicáveis progressivamente em razão do consumo de energia elétrica no imóvel do contribuinte ou, nos casos de imóveis em que não há o referido consumo, uma alíquota fixa e anual por metro da testada dos imóveis referidos no § 1º do art. 3º.

Ou seja, a grandeza, a base de cálculo para a cobrança da COSIP será o valor do consumo mensal de energia elétrica em cada imóvel do contribuinte, informado na respectiva fatura pelo concessionário, ou, nos imóveis em que não há consumo de energia elétrica, um valor fixo e anual, cobrado junto com o IPTU (art. 5º). Em ambos os casos, mediante a aplicação das alíquotas previstas no Anexo I da LC nº 186/2002 (parágrafo único do art. 4º).

Tanto isso é verdade que o art. 5º do Decreto municipal nº 2.522/2002 estabelece que "as alíquotas de contribuição são diferenciadas, observado o consumo mensal, em kwh, conforme tabela constante do Anexo I, que é parte integrante deste Decreto". O Anexo I do aludido Decreto repete o Anexo I da LC nº 186/2002.

Ocorre que, a despeito das disposições constantes na LC nº 186/2002, o Poder Executivo, ao regulamentá-la por meio do Decreto nº 2.522/2002, fixou base de cálculo de maneira diversa, acrescentando o valor da Tarifa de Iluminação Pública vigente, subgrupo B4b, na definição da base de cálculo do tributo:

> Art. 4º A base de cálculo da CIP será determinada considerando:
>
> I - o consumo mensal de energia elétrica constante na fatura emitida pela empresa concessionária distribuidora; e
>
> II - o valor da Tarifa de Iluminação Pública vigente, Subgrupo B4b, observados os percentuais indicados no Anexo I, da Lei Complementar Municipal nº 186, de 26 de dezembro de 2002.

Como já asseverado, só será base de cálculo de tributo a medida que tiver sido prevista em lei, sendo forçoso concluir pela inconstitucionalidade do inciso II do art. 4º do Decreto nº 2.522/2002 do Município de Patos de Minas, por afronta ao princípio constitucional da legalidade tributária (art. 150, I, da CF).

Com tais razões, acolhe-se parcialmente o incidente, para declarar a inconstitucionalidade do inciso II do art. 4º do Decreto nº 2.522/2002 do Município de Patos de Minas.

Julgado o incidente, retornem os autos à d. 3ª Câmara Cível deste Tribunal, para que se dê eventual prosseguimento ao julgamento da apelação e do reexame necessário.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CAETANO LEVI LOPES, AUDEBERT DELAGE, BELIZÁRIO DE LACERDA, EDGARD PENNA AMORIM, MOREIRA DINIZ, PAULO CÉZAR DIAS, EDILSON OLÍMPIO FERNANDES, ARMANDO FREIRE, SALDANHA DA FONSECA, AFRÂNIO VILELA, WANDERLEY PAIVA, ÁUREA BRASIL, MARIANGELA MEYER, MOACYR LOBATO, AMORIM SIQUEIRA, EDISON FEITAL LEITE, RENATO DRESCH, GILSON SOARES LEMES, KILDARE CARVALHO, MÁRCIA MILANEZ, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, WANDER MAROTTA e NEWTON TEIXEIRA CARVALHO.

Súmula - ACOLHERAM PARCIALMENTE O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE.

• • •

Enunciado 49

No Juizado Especial, o ente público possui a prerrogativa de intimação pessoal.

Órgão Julgador: Órgão Especial.

Data do Julgamento: 13/2/2019.

Data da Publicação/Fonte: *DJe* de 9/4/2019, 16/4/2019 e 23/4/2019.

Referência legislativa

- Código de Processo Civil de 2015, artigo 183, § 1º;

- Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, artigos 6º e 7º;

- Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, artigo 290.

Precedentes

- Correição Parcial (Adm) nº 1.0000.18.064242-3/000, Rel. Des. Eduardo Machado, Conselho da Magistratura, julgamento em 3/9/2018, DJe de 14/9/2018;

- Correição Parcial (Adm) nº 1.0000.18.035428-4/000, Rel. Des. Eduardo Brum, Conselho da Magistratura, julgamento em 3/9/2018, *DJe* de 14/9/2018;

- Correição Parcial (Adm) nº 1.0000.18.007196-1/000, Rel. Des. Júlio César Lorens, Conselho da Magistratura, julgamento em 17/8/2018, *DJe* de 24/8/2018;

- Correição Parcial (Adm) nº 1.0000.18.029820-0/000, Rel. Des. Eduardo Machado, Conselho da Magistratura, julgamento em 9/8/2018, *DJe* de 24/8/2018;

- Correição Parcial (Adm) nº 1.0000.18.027341-9/000, Rel. Des. Corrêa Junior, Conselho da Magistratura, julgamento em 3/7/2018, *DJe* de 27/7/2018;

- Correição Parcial (Adm) nº 1.0000.18.030581-5/000, Rel. Des. Júlio César Lorens, Conselho da Magistratura, julgamento em 5/7/2018, *DJe* de 13/7/2018;

- Correição Parcial (Adm) nº 1.0000.17.106689-7/000, Rel. Des. Júlio César Lorens, Conselho da Magistratura, julgamento em 5/7/2018, *DJe* de 13/7/2018;

- Correição Parcial (Adm) nº 1.0000.18.003354-0/000, Rel. Des. Eduardo Machado, Conselho da Magistratura, julgamento em 5/7/2018, DJe de 13/7/2018;

- Correição Parcial (Adm) nº 1.0000.18.012502-3/000, Rel. Des. Eduardo Brum, Conselho da Magistratura, julgamento em 11/6/2018, DJe de 15/6/2018;

- Correição Parcial (Adm) nº 1.0000.17.090062-5/000, Rel. Des. Eduardo Brum, Conselho da Magistratura, julgamento em 7/5/2018, *DJe* de 11/5/2018;

- Correição Parcial (Adm) nº 1.0000.18.006341-4/000, Rel. Des. Corrêa Junior, Conselho da Magistratura, julgamento em 7/5/2018, *DJe* de 25/05/2018.

Enunciado 50

Incide em inconstitucionalidade por omissão o Município que deixa de fixar em lei o percentual mínimo dos cargos em comissão que devem ser ocupados por servidores públicos de carreira.

Órgão Julgador: Órgão Especial.

Data do Julgamento: 12/12/2018.

Data da Publicação/Fonte: *DJe* de 9/4/2019, 16/4/2019 e 23/4/2019.

Referência legislativa

- Constituição da República de 1988, artigo 37, V;

- Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989, artigos 21, §1º, e 23.

Precedentes

- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.15.101961-9/000, Rel. Des. Versiani Penna, Órgão Especial, julgamento em 2/3/2017, *DJe* de 31/3/2017;

- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.16.044555-7/000, Rel. Des. Edilson Olímpio Fernandes, Órgão Especial, julgamento em 22/2/2017, *DJe* de 28/3/2017;

- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.15.064716-2/000, Rel. Des. Versiani Penna, Órgão Especial, julgamento em 23/11/2016, *DJe* de 7/12/2016;

- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.16.027303-3/000, Rel. Des. Edilson Olímpio Fernandes, Órgão Especial, julgamento em 29/9/2016, *DJe* de 14/10/2016;

- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.14.010347-4/000, Rel. Des. Silas Vieira, Órgão Especial, julgamento 25/3/2015, *DJe* de 10/4/2015.

Enunciado 51

Compete às Câmaras Cíveis de Direito Privado o processamento e julgamento dos recursos oriundos de ação de usucapião entre particulares quando ausente interesse público concreto.

Órgão Julgador: Órgão Especial.

Data do Julgamento: 27/2/2019.

Data da Publicação/Fonte: *DJe* de 3/5/2019, 10/5/2019 e 17/5/2019.

Referência legislativa

- Constituição da República de 1988, artigos 96, I, "a", e 125, § 1º;

- Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989, artigo 103, I, "a";

- 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, II;

- Resolução do TJMG nº 705, de 01 de outubro de 2012.

Precedentes

- Conflito de Competência nº 1.0686.06.186557-8/003, Rel. Des. Geraldo Augusto, Órgão Especial, julgamento em 22/2/2017, *DJe* de 24/3/2017;

- Conflito de Competência nº 1.0000.16.011266-0/001, Rel. Des. Geraldo Augusto, Órgão Especial, julgamento em 9/11/2016, *DJe* de 2/12/2016;

- Conflito de Competência nº 1.0024.09.661245-2/003, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, Órgão Especial, julgamento em 25/5/2016, *DJe* de 10/6/2016;

- Conflito de Competência nº 1.0312.08.010751-8/002, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, Órgão Especial, julgamento em 27/5/2015, *DJe* de 3/6/2015;

- Conflito de Competência nº 1.0024.12.301190-0/002, Rel. Des. Almeida Melo, Órgão Especial, julgamento em 12/9/2013, *DJe* de 20/9/2013;

- Conflito de Competência nº 1.0024.11.299324-1/002, Rel. Des. Almeida Melo, Órgão Especial, julgamento em 11/9/2013, *DJe* de 20/09/2013.

Enunciado 52

Compete às Câmaras Cíveis de Direito Privado deste Tribunal o julgamento de recurso interposto em ação de desapropriação proposta por pessoa jurídica de direito privado concessionária de serviço público em face de particular.

Órgão Julgador: Órgão Especial.

Data do Julgamento: 27/2/2019.

Data da publicação/Fonte: *DJe* de 3/5/2019, 10/5/2019 e 17/5/2019.

Referência legislativa

- Constituição da República de 1988, artigos 96, I, e 125, § 1º;

- Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989, artigos 103, I, "a", e 106;

- Lei Complementar Estadual nº 59, de 18 de janeiro de 2001, artigo 16, parágrafo único;

- Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, artigo 36, I e II.

Precedentes

- Conflito de Competência nº 1.0134.09.129203-4/002, Rel. Des. Geraldo Augusto, Órgão Especial, julgamento em 19/7/2017, *DJe* de 4/8/2017;

- Conflito de Competência nº 1.0521.02.016942-6/003, Rel. Des. Geraldo Augusto, Órgão Especial, julgamento em 14/9/2016, *DJe* de 23/9/2016;

- Conflito de Competência nº 1.0338.10.010442-5/002, Rel. Des. Geraldo Augusto, Órgão Especial, julgamento em 24/8/2016, *DJe* de 2/9/2016;

- Conflito de Competência nº 1.0647.09.102986-6/003, Rel. Des. Almeida Melo, Órgão Especial, julgamento em 28/11/2012, *DJe* de 14/12/2012.

Enunciado 53

Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo editado sob a égide de sistema constitucional anterior.

Órgão Julgador: Órgão Especial.

Data do Julgamento: 27/2/2019.

Data da publicação/Fonte: *DJe* de 3/5/2019, 10/5/2019 e 17/5/2019.

Referência legislativa

- Código de Processo Civil de 2015, artigo 485, VI.

Precedentes

- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.17.091232-3/000, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, Órgão Especial, julgamento em 9/5/2018, *DJe* de 16/5/2018;

- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.14.101986-9/000, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, Órgão Especial, julgamento em 11/5/2016, *DJe* de 25/5/2016;

- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.13.057618-4/000, Rel. Des. Silas Vieira, Órgão Especial, julgamento em 13/8/2014, *DJe* de 17/10/2014;

- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.14.045213-7/000, Rel. Des. Geraldo Augusto, Órgão Especial, julgamento em 12/8/2015, *DJe* de 28/8/2015.

Enunciado 54

A discussão relativa à matéria que não está inserida no campo do direito de família não atrai a competência das Câmaras Cíveis de Direito Público, ainda que tenha origem em ação de divórcio e partilha de bens.

Órgão Julgador: Órgão Especial.

Data do Julgamento: 27/2/2019.

Data da publicação/Fonte: *DJe* de 13/5/2019, 20/5/2019 e 27/5/2019.

Referência legislativa

- Constituição da República de 1988, artigos 96, I, "a", e 125, § 1º;

- 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 nº 1.0024.13.201557-9/003, Rel. Des. Geraldo Augusto, Órgão Especial, julgamento em 10/5/2017, *DJe* de 23/6/2017;

- Conflito de Competência nº 1.0518.13.007956-0/002, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, Órgão Especial, julgamento em 22/7/2015, *DJe* de 31/7/2015;

- Conflito de Competência nº 1.0512.13.004778-4/002, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, Órgão Especial, julgamento em 29/8/2014, *DJe* de 5/9/2014;

- Conflito de Competência nº 1.0702.09.592166-5/002, Rel. Des. Almeida Melo, Órgão Especial, julgamento em 27/2/2013, *DJe* de 22/3/2013.

Enunciado 55

A fixação do subsídio dos agentes políticos municipais deve ser efetuada em cada legislatura para a subsequente e em momento anterior ao término das eleições, em conformidade com os princípios da anterioridade e da moralidade.

Órgão Julgador: Órgão Especial.

Data do Julgamento: 27/2/2019.

Data da publicação/Fonte: *DJe* de 13/5/2019, 20/5/2019 e 27/5/2019.

Referência legislativa

- Constituição da República de 1988, artigo 29, V e VI;

- Emenda Constitucional nº 25, de 14 de fevereiro de 2000;

- Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989, artigo 179.

Precedentes

- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.16.021958-0/000, Rel. Des. Paulo Cézar Dias, Órgão Especial, julgamento em 13/12/2017, *DJe* de 2/2/2018;

- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.16.097481-2/000, Rel. Des. Moreira Diniz, Órgão Especial, julgamento em 27/9/2017, *DJe* de 18/10/2017;

- Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0301.13.000587-1/003, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, Órgão Especial, julgamento em 8/2/2017, *DJe* de 17/3/2017;

- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.14.017533-2/000, Rel. Des. Kildare Carvalho, Órgão Especial, julgamento em 6/10/2016, *DJe* de 14/10/2016;

- Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0188.97.002253-2/002, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, Corte Superior, julgamento em 13/4/2011, *DJe* de 3/6/2011;

- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.05.428460-9/000, Rel. Des.Edelberto Santiago, Corte Superior, julgamento em 7/4/2008, *DJe* de 7/5/2008;

- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.00.322503-4/000, Rel. Des. Schalcher Ventura, Corte Superior, julgamento em 14/4/2004, *DJe* de 7/5/2004.

Enunciado 56

O servidor público detentor do cargo efetivo de agente de segurança penitenciário não faz jus ao adicional de local de trabalho previsto no art. 1º da Lei Estadual nº 11.717/94, por vedação expressa do art. 6º, I, da referida Lei.

Órgão Julgador: Órgão Especial.

Data do Julgamento: 27/2/2019.

Data da publicação/Fonte: *DJe* de 13/5/2019, 20/5/2019 e 27/5/2019.

Referência legislativa

- Lei Estadual nº 11.717, de 27 de dezembro de 1994, artigos 1º e 6º, I;

- Lei Estadual nº 14.695, de 30 de julho de 2003, artigos 7º e 20;

- Lei Estadual nº 15.788, de 27 de outubro de 2005, artigo 12, parágrafo único;

- Lei Estadual nº 21.333, de 26 de junho de 2014, artigo 9º.

Precedentes

1ª Câmara Cível:

- Apelação Cível nº 1.0024.14.059361-7/001, Rel. Des. Armando Freire, 1ª Câmara Cível, julgamento em 3/10/2017, *DJe* de 11/10/2017;

- Apelação Cível nº 1.0702.13.042339-6/001, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, 1ª Câmara Cível, julgamento em 20/6/2017, *DJe* de 27/6/2017;

- Apelação Cível nº 1.0145.14.037021-7/001, Rel. Des. Edgard PennaAmorim, 1ª Câmara Cível, julgamento em 29/11/2016, *DJe* de 12/12/2016.

2ª Câmara Cível:

- Apelação Cível nº 1.0056.14.000133-2/001, Rel. Des. Afrânio Vilela, 2ª Câmara Cível, julgamento em 31/1/2018, *DJe* de 8/2/2018;

- Apelação Cível nº 1.0056.15.004343-0/001, Rel. Des. Raimundo Messias Júnior, 2ª Câmara Cível, julgamento em 21/11/2017, *DJe* de 29/11/2017;

- Apelação Cível nº 1.0686.13.008209-8/001, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, 2ª Câmara Cível, julgamento em 11/10/2016, *DJe* de 21/10/2016.

3ª Câmara Cível:

- Apelação Cível nº 1.0707.14.001764-1/001, Rel. Des. Elias Camilo, 3ª Câmara Cível, julgamento em 28/6/2018, *DJe* de 10/7/2018;

- Ap Cível/Reex Necessário nº 1.0702.13.048032-1/001, Rel. Des. Jair Varão, 3ª Câmara Cível, julgamento em 11/8/2017, *DJe* de 29/8/2017;

- Apelação Cível nº 1.0024.14.047048-5/001, Rel. Des. Amauri Pinto Ferreira, 3ª Câmara Cível, julgamento em 23/3/2017, *DJe* de 11/4/2017.

4ª Câmara Cível:

- Apelação Cível nº 1.0433.13.024281-4/001, Rel. Des. Moreira Diniz, 4ª Câmara Cível, julgamento em 9/8/2018, *DJe* de 14/8/2018;

- Apelação Cível nº 1.0024.13.355815-5/001, Rel. Des. Renato Dresch, 4ª Câmara Cível, julgamento em 18/5/2017, *DJe* de 23/05/2017;

- Apelação Cível nº 1.0024.13.424421-9/001, Rel. Des. Kildare Carvalho, 4ª Câmara Cível, julgamento em 30/11/0017, *DJe* de 5/12/2017.

5ª Câmara Cível:

- Apelação Cível nº 1.0000.17.045136-3/001, Rel. Des. Moacyr Lobato, 5ª Câmara Cível, julgamento em 9/11/2017, *DJe* de 14/11/2017;

- Ap Cível/Rem Necessária nº 1.0145.14.032951-0/001, Rel. Des. Wander Marotta, 5ª Câmara Cível, julgamento em 9/2/2018, *DJe* de 21/2/2018;

- Apelação Cível nº 1.0056.14.000140-7/001, Rel.ª Des.ª Áurea Brasil, 5ª Câmara Cível, julgamento em 12/4/2018, *DJe* de 18/4/2018.

6ª Câmara Cível:

- Apelação Cível nº 1.0024.14.057874-1/001, Rel. Des. Audebert Delage, 6ª Câmara Cível, julgamento em 27/2/2018, *DJe* de 7/3/2018;

- Ap Cível/Rem Necessária nº 1.0024.13.251278-1/001, Rel. Des. Edilson Olímpio Fernandes, 6ª Câmara Cível, julgamento em 26/9/2017, *DJe* de 06/10/2017;

- Apelação Cível nº 1.0035.14.009502-3/001, Rel.ª Des.ª Yeda Athias, 6ª Câmara Cível, julgamento em 23/1/2018, *DJe* de 2/2/2018.

7ª Câmara Cível:

- Apelação Cível nº 1.0702.13.078460-7/001, Rel. Des. Belizário de Lacerda, 7ª Câmara Cível, julgamento em 14/8/2018, *DJe* de 21/8/2018;

- Apelação Cível nº 1.0035.14.009498-4/001, Rel. Des. Peixoto Henriques, 7ª Câmara Cível, julgamento em 21/8/2018, *DJe* de 27/8/2018;

- Apelação Cível nº 1.0009.15.000401-9/001, Rel. Des. Oliveira Firmo, 7ª Câmara Cível, julgamento em 20/2/2018, *DJe* de 26/2/2018.

8ª Câmara Cível:

- Apelação Cível nº 1.0024.14.305059-9/001, Rel.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª Câmara Cível, julgamento em 10/8/2017, *DJe* de 31/8/2017;

- Ap Cível/Rem Necessária nº 1.0024.14.058217-2/001, Rel.ª Des.ª Ângela de Lourdes Rodrigues, 8ª Câmara Cível, julgamento em 24/4/2017, *DJe* de 10/5/2017;

- Apelação Cível nº 1.0024.13.171049-3/001, Rel. Des. Gilson Soares Lemes, 8ª Câmara Cível, julgamento em 27/3/2017, *DJe* de 4/4/2017.

Enunciado 57

Deixar de efetuar o registro da propriedade de veículo no prazo legal não impede a expedição da Carteira Nacional de Habilitação definitiva ao detentor da Permissão para Dirigir, por constituir infração meramente administrativa, ainda que de natureza grave.

Órgão Julgador: Órgão Especial.

Data do Julgamento: 27/2/2019.

Data da publicação/Fonte: *DJe* de 13/5/2019, 20/5/2019 e 27/5/2019.

Referência legislativa

- Lei Federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), artigos 123, 148 e 233.

Precedentes

1ª Câmara Cível:

- Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0390.14.002174-7/001, Rel. Des. Edgar Penna Amorim, 1ª Câmara Cível, julgamento em 31/7/2018, *DJe* de 17/8/2018;

- Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0720.12.000933-0/002, Rel. Des. Armando Freire, 1ª Câmara Cível, julgamento em 30/11/2016, *DJe* de 12/12/2016;

- Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0024.10.034497-7/001, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, 1ª Câmara Cível, julgamento em 1º/11/2011, *DJe* de 13/12/2011.

2ª Câmara Cível:

- Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0000.18.021520-4/001, Rel. Des. Afrânio Vilela, 2ª Câmara Cível, julgamento em 8/5/2018, *DJe* de 9/5/2018;

- Remessa Necessária nº 1.0000.17.027548-1/001, Rel. Des. Raimundo Messias Júnior, 2ª Câmara Cível, julgamento em 6/2/2018, *DJe* de 8/2/2018;

- Apelação Cível nº 1.0040.10.008510-5/001, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, 2ª Câmara Cível, julgamento em 12/12/2017, *DJe* de 18/12/2017.

3ª Câmara Cível:

- Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0024.14.005732-4/001, Rel. Des. Judimar Biber, 3ª Câmara Cível, julgamento em 22/6/2017, *DJe* de 18/7/2017;

- Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0024.13.251946-3/001, Rel. Des.José Antonino Baía Borges, 3ª Câmara Cível, julgamento em 11/6/2015, *DJe* de 23/6/2015.

4ª Câmara Cível:

- Reexame Necessário nº 1.0000.18.022926-2/001, Rel. Des. Renato Dresch, 4ª Câmara Cível, julgamento em 11/10/2018, *DJe* de 15/10/2018;

- Reexame Necessário nº 1.0000.18.049016-1/001, Rel.ª Des.ª Ana Paula Caixeta, 4ª Câmara Cível, julgamento em 16/8/2018, *DJe* de 17/8/2018;

- Apelação Cível nº 1.0024.11.343124-1/001, Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, 4ª Câmara Cível, julgamento em 18/7/2018, *DJe* de 24/7/2013.

5ª Câmara Cível:

- Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0479.10.010575-4/001, Rel. Des. Wander Marotta, 5ª Câmara Cível, julgamento em 5/10/2017, *DJe* de 17/10/2017;

- Reexame Necessário nº 1.0024.14.250768-0/001, Rel.ª Des.ª Áurea Brasil, 5ª Câmara Cível, julgamento em 25/2/2016, *DJe* de 8/3/2016;

- Apelação Cível nº 1.0024.14.054369-5/001, Rel. Des. Moacyr Lobato, 5ª Câmara Cível, julgamento em 18/2/2016, *DJe* de 29/2/2016.

6ª Câmara Cível:

- Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0000.16.051015-2/001, Rel. Des. Corrêa Júnior, 6ª Câmara Cível, julgamento em 18/10/2016, *DJe* de 19/10/2016;

- Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0024.14.290680-9/001, Rel. Des. Claret de Moraes, 6ª Câmara Cível, julgamento em 26/1/2016, *DJe* de 5/2/2016;

- Reexame Necessário nº 1.0024.10.249911-8/001, Rel. Des. Audebert Delage, 6ª Câmara Cível, julgamento em 28/10/2014, *DJe* de 10/11/2014.

7ª Câmara Cível:

- Remessa Necessária nº 1.0000.18.042372-5/001, Rel.ª Des.ª Alice Birchal, 7ª Câmara Cível, julgamento em 16/10/2018, *DJe* de 22/10/2018;

- Apelação Cível nº 1.0000.18.004874-6/001, Rel. Des. Wilson Benevides, 7ª Câmara Cível, julgamento em 21/8/2018, *DJe* de 23/8/2018;

- Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0480.14.001587-0/002, Rel. Des. Belizário de Lacerda, 7ª Câmara Cível, julgamento em 7/8/2018, *DJe* de 14/8/2018.

8ª Câmara Cível:

- Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0467.14.000075-4/001, Rel. Min. Paulo Balbino, 8ª Câmara Cível, julgamento em 17/8/2017, *DJe* de 11/9/2017;

- Agravo Interno nº 1.0515.10.001856-0/002, Rel.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª Câmara Cível, julgamento em 26/9/2013, *DJe* de 7/10/2013.

Enunciado 58

A questão relativa a registro público, quando secundária à controvérsia principal cujo julgamento couber a uma das Câmaras de Direito Privado deste Tribunal, não atrai a competência das Câmaras Cíveis de Direito Público.

Órgão Julgador: Órgão Especial.

Data do Julgamento: 27/3/2019.

Data da publicação/Fonte: *DJe* de 21/5/2019, 28/5/2019 e 4/6/2019.

Referência legislativa

- Constituição da República de 1988, artigos 96, I, e 125, § 1º;

- Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989, artigos 103, I, "a", e 106;

- Lei Complementar Estadual nº 59, de 18 de janeiro de 2001, artigo 16, parágrafo único;

- Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, artigo 36, I, "d", e II.

Precedentes

- Conflito de Competência nº 1.0216.08.050696-9/002, Rel. Des. Geraldo Augusto, Órgão Especial, julgamento em 12/4/2018, *DJe* de 20/4/2018;

- Conflito de Competência nº 1.0024.14.148239-8/003, Rel. Des. Geraldo Augusto, Órgão Especial, julgamento em 14/9/2016, *DJe* de 4/11/2016;

- Conflito de Competência nº 1.0701.96.011335-8/005, Rel. Des. Geraldo Augusto, Órgão Especial, julgamento em 6/10/2016, *DJe* de 14/10/2016;

- Conflito de Competência nº 1.0518.14.003648-5/002, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, Órgão Especial, julgamento em 28/10/2015, *DJe* de 6/11/2015;

- Conflito de Competência nº 1.0555.05.000888-0/002, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, Órgão Especial, julgamento em 26/8/2015, *DJe* de 4/9/2015;

- Conflito de Competência nº 1.0527.14.000657-0/002, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, Órgão Especial, julgamento em 12/8/2015, *DJe* de 21/8/2015.

Enunciado 59

Compete às Câmaras Cíveis de Direito Privado o processamento e julgamento do recurso interposto pelo Estado de Minas Gerais, na qualidade de terceiro prejudicado, por ter sido condenado ao pagamento de

honorários periciais em processo em que ambos os polos da ação sejam integrados apenas por pessoas de Direito Privado, cuja parte sucumbente é beneficiária da justiça gratuita.

Órgão Julgador: Órgão Especial.

Data do Julgamento: 10/4/2019.

Data da publicação/Fonte: *DJe* de 13/6/2019, 24/6/2019 e 27/6/2019.

Referência legislativa

- Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, artigo 36, I, "a".

Precedentes

- Conflito de Competência nº 1.0342.09.126838-9/003. Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, Órgão Especial, julgamento em 18/6/2018, *DJe* de 6/7/2018;

- Conflito de Competência nº 1.0342.12.006971-7/002. Rel. Des. Geraldo Augusto, Órgão Especial, julgamento em 19/7/2017, *DJe* de 29/9/2017;

- Conflito de Competência nº 1.0342.13.001405-9/002. Rel. Des. Geraldo Augusto, Órgão Especial, julgamento em 19/7/2017, *DJe* de 29/9/2017;

- Conflito de Competência nº 1.0342.11.001355-0/002. Rel. Des. Geraldo Augusto, Órgão Especial, julgamento em 8/2/2017, *DJe* de 24/3/2017;

- Conflito de Competência nº 1.0702.13.062952-1/002. Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, Órgão Especial, julgamento em 9/3/2016, *DJe* de 15/4/2016;

- Conflito de Competência nº 1.0342.10.000621-8/002. Rel Des. Geraldo Augusto, julgamento em 15/2/2018, *DJe* de 19/2/2018;

- Conflito de Competência nº 1.0342.11.007246-5/002. Rel. Des. Afrânio Vilela, julgamento em 26/7/2018, *DJe* de 31/7/2018.

• • •

Agravo de instrumento - Direito processual civil - Legitimidade - Dano ambiental - Realização de obras pelo deer/mg - Responsabilidade solidária pelos danos causados - Teoria da asserção - Recuperação da área degradada - Indícios - Antecipação da tutela recursal - Descabimento

- Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva, pois o DEER/MG é parte legítima da ação que visa a recuperação ambiental de área degradada em razão da realização de obras sob sua responsabilidade, ainda que em convênio.

- As provas de que a área supostamente degradada foi devidamente recuperada e a ausência de comprovação de que os danos ambientais ocorridos, há cerca de sete anos, subsistem, afastam a probabilidade do direito invocado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0012.18.000006-4/001 - Comarca de Aiuruoca - Agravante: Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais - DEER/MG - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Interessada: Construtora Sangendra Ltda., Município de Aiuruoca, Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª ALICE BIRCHAL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em AFASTAR A PRELIMINAR SUSCITADA E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Belo Horizonte, 25 de junho de 2019. - *Alice Birchal* - Relatora.

Voto

DES.ª ALICE BIRCHAL - Trata-se de recurso de agravo de instrumento, interposto pelo Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais - DEER/MG em face do Ministério Público de Minas Gerais, contra decisão proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Aiuruoca que, nos autos da Ação Civil Pública de origem, determinou: a) que o Agravante, juntamente com o Município de Aiuruoca e a empresa Sagendra S.A., apresentem, no prazo de 03 (três) meses, um Plano de Recuperação de Área Degradada

- PRAD para as áreas supostamente degradadas, com cronograma detalhado de sua execução; b) que a Sagendra S.A. reestruture as obras relativas ao objeto do contrato de licitação anteriormente firmado, no prazo de 30 (trinta) dias após a apresentação do PRAD; c) que o Município promova o reparo das manilhas (cascalheiras) que ocasionaram os danos informados; d) o acompanhamento e fiscalização das obras pelo Município (f. 130/136-TJ).

O agravante sustenta que, não tendo concorrido para a consecução dos danos ambientais afirmados, impossível lhe impor a obrigação de reparação ou de apresentação de projeto de recuperação dos mencionados danos ecológicos. Segundo afirma, a própria narrativa do caso pelo *Parquet* Estadual confirma a ausência de responsabilidade do DEER/MG em relação aos problemas ambientais apontados.

Alega não ter contratado as obras que implicaram a extração de cascalho noticiada, ou a instalação das manilhas.

Aduz que o órgão, em 2011, juntamente ao Município de Aiuruoca e a Setop, mediante convênio, realizou obras visando a recuperação de estradas municipais, mas que tais obras em nada contribuíram para os danos ambientais em comento.

Informa que a responsabilidade civil pelos supostos prejuízos ambientais indicados pelo Ministério Público seria única e exclusivamente do Município, haja vista ter sido o responsável pelas obras de instalação das manilhas e a retirada do cascalho no local.

Tendo em vista que atualmente o Município já tem empreendido obras no sentido de regularizar a região afetada, indica a inadequação da medida consistente na obrigação de o DEER (juntamente aos demais requeridos) apresentar Plano de Recuperação da Área Degradada - PRAD, o que, ademais, oneraria sobremaneira o órgão.

Argumenta não ter sido demonstrado o *periculum in mora*, ante a inexistência de qualquer urgência na medida relativa à apresentação do referido PRAD, sobretudo por terem se passado mais de 07 (sete) anos desde o suposto evento danoso - ocorrido em 2011.

Por fim, sustenta que o Município já promoveu a recuperação da área degradada, do que decorre a impossibilidade de provimento liminar no sentido de obrigá-lo a fazer o mesmo.

Requer, por fim, seja o presente recurso recebido em ambos os efeitos – devolutivo e suspensivo – e, ao final, provido, com a consequente revogação da decisão objurgada (f. 02/16-TJ).

Em sede liminar, ante a existência de elementos que conduzem à conclusão de que os danos ambientais já haviam sido suprimidos em momento anterior, recebi o presente agravo de instrumento em ambos os efeitos - devolutivo e suspensivo (f. 180/182-TJ).

Intimado a se manifestar, o Ministério Público de Minas Gerais apresentou Contraminuta às f. 428/434-TJ.

Requisitadas informações ao Juízo de origem, estas vieram incompletas (f. 358/359-TJ). Em razão da falha no envio das informações, novamente as requisitei ao Magistrado, que, todavia, não as prestou até a presente data (f. 610/614-TJ).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Preliminar de ilegitimidade passiva.

A princípio, observo que, para recuperação de estradas municipais danificadas por fortes chuvas, o Município de Aiuruoca e o DEER/MG, com interveniência da Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas - SETOP, firmaram o Convênio nº DER - 30.001/2011, em janeiro de 2011 (f. 91/95-TJ).

Naquela ocasião ficou acordado (f. 91-TJ):

> 1 - o DER/MG compromete-se a:
>
> 1.1 - executar diretamente ou através de terceiros as obras, objeto do presente investimento.
>
> 1.2 - providenciar a publicação do presente instrumento no órgão oficial do Estado "Minas Gerais.

Não obstante o recorrente afirme que não foi responsável pela retirada de cascalho e/ou realização de qualquer intervenção à margem da BR-267 ou na estrada que liga o "Bairro Pedros" à referida rodovia, observo que consta do Anexo I do supramencionado Convênio que, entre as estradas municipais a recuperar, estavam:

> 3- Estrada da Estação, acesso à BR-267
>
> 4- Estrada de acesso aos bairros Furnas de Cima e Pedros (94-TJ).

Veja-se que são estradas que, aparentemente, se localizam na região em que os alegados danos ambientais se encontram, o que torna controversa a alegação de que o DEER/MG não concorreu, ainda que de forma indireta, para o dano causado.

Também noto que, para a execução das obras de recuperação dos trechos, em julho de 2011, foi firmado um contrato entre o DEER/MG e a Construtora Sagendra S.A. (f. 96/107-TJ). Contrato que, como informado no Ofício enviado pela Prefeitura ao Ministério Público, também aparenta ser o causador dos danos indicados pelo Ministério Público:

> [...] a exploração de cascalho na área em questão foi toda realizada pela Empresa Sagendra S.A., que foi contratada pelo DER/MG (...) frise-se que o Município deveria tão somente auxiliar do DER/MG na localização e liberação das jazidas de cascalho, areia e outros materiais necessários à recuperação dos trechos, conforme item 2.3 do Convênio nº DER 30.001/11[...].

Há, portanto, indícios de que os supostos danos ambientais apontados decorrem diretamente da execução de contrato firmado com agravante, o que torna evidente a legitimidade da recorrente para responder à presente ação.

Ressalto que, conforme entendimento do STJ a respeito, as condições da ação, inclusive a legitimidade *ad causam*, devem ser aferidas com base na teoria da asserção, isto é, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial (AgInt no REsp 1651138/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva), sendo evidente a legitimidade da recorrente para figurar no polo passivo do feito, sobretudo por ser, a princípio, solidariamente responsável pelos danos supostamente causados pelas obras realizadas à margem da rodovia BR-267.

Afasto, nesses termos, a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo recorrente.

Mérito.

Pois bem, consta dos autos que a realização de obras de recuperação das estradas vicinais em torno do Município de Aiuruoca, em virtude da retirada de cascalho e construção de manilhas de "forma desvirtuada", teriam provocado, além do surgimento de canais de erosão ("*valetas*"), o assoreamento de um córrego ("*Córrego dos Pedros*").

Contudo, também noto que o recorrente juntou aos autos declaração recente do próprio DEER/MG, em que este afirma:

> [...] a única intervenção realizada foi na estrada intermunicipal Aiuruoca - Alagoa, a qual não é objeto da ação onde foi alegado dano ambiental. Portanto, não foi realizado nenhum serviço na estrada de ligação entre Bairro Pedros à rodovia BR-267, nem nas margens da rodovia BR-267, a qual é de jurisdição do DNIT.
>
> Na ocasião, a exploração de jazidas foi realizada exclusivamente pela Prefeitura de Aiuruoca, seguindo recomendação na época do Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas [...].

Além disso, no mesmo documento, o agravante informa que a Prefeitura do Município de Aiuruoca promoveu a recuperação de toda a área degradada:

> Apesar dos fatos narrados, o DEER realizou visita ao local em 13/7/2018 com a presença do Secretário de Obras do Município Sr. Antônio (Totonho), onde foi constatado que a Prefeitura já realizou intervenção para corrigir o problema de carreamento de materiais para o curso d'água, sendo construídas valetas de proteção ao longo de toda a área, bacia de acumulação na jusante de bueiro existente e retirada de outro bueiro, bem como a recomposição de erosão causada por este [...]. Na circunstância, o Sr. Totonho informou que esta recuperação foi feita há cerca de três meses.

Sob tal perspectiva, conquanto no Convênio DER - 30.001/2011, em janeiro de 2011 (f. 91/95-TJ) conste a obrigação de realização de obras à margem da Rodovia BR-267 (o que justifica a inserção da recorrente no polo passivo da ação), não há elementos robustos de que os danos apontados pelo *Parquet* ainda existam.

Nesse sentido, além da possibilidade de que a decisão cause danos injustificados - por impor a apresentação de projeto de recuperação e a reparação de área que já foi objeto de obras –, não há como se afirmar, com certeza, se o Convênio firmado entre os órgãos públicos foi integralmente cumprido – com a realização de obras à margem do "Córrego dos Pedros".

Veja-se que, não obstante no Direito Ambiental vigore o princípio da prevenção, não há como se impor a obrigação de reparação de área cuja degradação não foi devidamente comprovada.

Mutatis Mutandis:

> Agravo de instrumento. Ação civil pública. Direito ambiental. Reparação de danos ambientais. Comprovação do responsável pelo dano ambiental. Ausência. Medidas de conservação. Necessidade de instrução probatória. Princípio da prevenção. Proibição de novas intervenções. - O deferimento de medida antecipatória consistente na obrigação de reparar área ambientalmente danificada depende da apresentação de provas que reflitam a atual condição ambiental do local. - Em matéria ambiental é viável a proibição de novas intervenções no imóvel *sub judice*, até o deslinde do feito, por aplicação do princípio da prevenção, quando estiver presente risco de degradação ambiental (TJMG - Agravo de Instrumento

Cível nº 1.0035.16.017534-1/001, Relatora: Des.ª Alice Birchal, 7ª Câmara Cível, j. em 25/9/2018, p. em 28/9/2018.

Nesse ínterim, havendo fundada dúvida acerca da existência do dano ambiental afirmado, é prudente que se aguarde a melhor instrução do feito – sobretudo considerando que os últimos documentos que informam a existência de dano ambiental são datados de 2016.

Ressalvo que, sem contraditório e ampla defesa, qualquer medida de natureza antecipatória requer atenção redobrada, visto que, *in casu*, somente após a devida instrução probatória, poder-se-á verificar a quem incumbe o dever de reparação ambiental objeto da lide, bem como se persiste a situação fática sustentada pelo agravado e, se for o caso, deferir os pedidos formulados na petição inicial.

Com tais considerações, afasto a preliminar suscitada e, no mérito, dou provimento ao agravo de instrumento, para revogar a decisão recorrida, ante a ausência dos pressupostos necessários à concessão da medida antecipatória pleiteada em primeira instância.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES BELIZÁRIO DE LACERDA e PEIXOTO HENRIQUES**.**

Súmula - AFASTARAM A PRELIMINAR SUSCITADA E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Apelação Cível - Ação cominatória - Direito processual civil, constitucional e administrativo - Prestação de serviços de saúde - Realização de transferência hospitalar - Competência jurisdicional - Lei Federal nº 12.153/2009 - Juizado Especial da Fazenda Pública - Ação ajuizada pelo Ministério Público em defesa de direito individual - Declinação da competência - Inocorrência - Ajuizamento anterior a 23/6/2015 - Transferência de paciente - Procedimento cirúrgico - Relatório médico subscrito por profissional vinculado ao SUS - Ausência de controvérsia quanto à adequação e necessidade dos procedimentos

- À luz do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público, na condição de substituto processual de um indivíduo, pode propor ação perante o Juizado Especial da Fazenda Pública.

- O prazo quinquenal fixado no art. 23 da Lei Federal nº 12.153/2009 para que os Tribunais restringissem a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública para organização dos serviços judiciários e administrativos se encerrou em 23/6/2015, razão pela qual, a partir dessa data, não mais subsistem os limites materiais definidos pelas Resoluções TJMG nºs 641/2010 e 700/2012, aplicáveis tão somente às ações previamente ajuizadas àquela data.

- Em ação de obrigação de fazer aforada contra ente público, a condenação deste à realização de transferência hospitalar e cirurgia de paciente – cuja essencialidade não fora sequer questionada pelo requerido – deve prevalecer nos termos em que pleiteada, se o réu não demonstrou a existência de alternativa de tratamento ou que a medida seria inadequada para o caso clínico do enfermo.

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0687.15.000090-3/001 - Comarca de Timóteo - Remetente: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA Comarca de Timóteo - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Substituto Processual - Procurador Wilber Guilherme de Arruda - Relator: DES. EDGARD PENNA AMORIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em REJEITAR A PRELIMINAR, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO E, NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2019. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

Voto

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face do Estado de Minas Gerais, com vistas a compelir o requerido a transferir o paciente W.G.A. para hospital habilitado a realizar procedimento de alta complexidade em ortopedia/traumatologia.

Adoto o relatório da sentença (f. 60/62), por correto, e acrescento que o i. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Timóteo, Maycon Jésus Barcelos, julgou procedente o pedido inicial, para condenar o Estado de Minas Gerais a realizar o

> [...] procedimento médico na especialidade cirurgia ortopedia/traumatologia, com colocação das placas bloqueadas, seja através da rede pública ou particular, bem como proceda à retirdada do material mediante procedimento cirúrgico (arame exposto), notadamente porque esta demanda abrange o tratamento do paciente, confirmando a tutela antecipada outrora concedida.

Às f. 65/76, apela o Estado de Minas Gerais, à alegação de que o paciente demonstrou que está escrito no SUSFácil, mas não teria comprovado a espera na fila há tempo não razoável, nem que está submetido a risco de morte. A procedência do pedido causa quebra do princípio da isonomia e configura invasão da competência do Poder Executivo na administração dos recursos do Sistema Único de Saúde. Seria inaplicável a multa ao Estado, por punir a coletividade, reduzindo os recursos da área de saúde. O bloqueio de verbas públicas seria vedado, por ferir o art. 13 da CEMG.

Contrarrazões às f. 81/85, pelo desprovimento do recurso.

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça (f. 93/94), da lavra do i. Procurador Geraldo Magela Carvalho Fiorentini, pela remessa dos autos para a Turma Recursal com jurisdição sobre o juízo de origem.

O feito foi sobrestado ate o deslinde do REsp n.º 1.681.690/SP e do REsp. n.º 1.682.836/SP, nos termos da decisão de f. 96.

Em atendimento ao Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, foram intimadas as partes para que se pronunciassem sobre a incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual e da competência dos Juizados Especiais de Fazenda Pública.

As partes permaneceram inertes.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Preliminar de incompetência absoluta.

A Procuradoria-Geral de Justiça erige preliminar de incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual.

Sabe-se que a Lei Federal nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, ao dispor sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, confere competência àqueles Juizados para o processamento e o julgamento das causas cíveis de interesse dos Estados e dos Municípios, nos seguintes termos:

> Art. 2º. É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.
>
> § 1º. Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública:
>
> I - as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos;
>
> II - as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas;
>
> III - as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.
>
> § 2º. Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de 12 (doze) parcelas vincendas e de eventuais parcelas vencidas não poderá exceder o valor referido no caput deste artigo.
>
> § 3º. (VETADO)
>
> § 4º. No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta.

Antes de tudo, anoto que o entendimento que até então vinha perfilhando no julgamento de outros casos perante este eg. Tribunal de Justiça era o de que as ações ajuizadas pelo Ministério Público não podiam ser processadas perante o Juizado Especial da Fazenda Pública, na medida em que ele não figura no rol dos legitimados constante do inc. I do art. 5º da Lei Federal nº 12.153, de 22/12/2009. Neste sentido, reporto-me aos votos que proferi no julgamento da Apelação Cível e Reexame Necessário nº 1.0145.10.064725-7/002 pela Oitava Câmara Cível e do Conflito de Competência nº 1.0000.14.101696-4/000 pelo eg. Órgão Especial, certo que em ambos fiquei vencido.

Entretanto, ao reexaminar a matéria, verifico que o col. Superior Tribunal de Justiça tem-se posicionado no sentido de admitir a propositura de ações pelo Ministério Público perante os Juizados Especiais, nas hipóteses em que ele atua na defesa de direito individual, como substituto processual (art. 6º, *in fine*, do CPC/1973, e art. 18, *in fine*, do CPC). A propósito, é oportuno trazer à colação os seguintes julgados:

> Administrativo e processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Fornecimento de medicamento. Ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público Federal. Atuação como substituto processual de determinada pessoa. Valor da causa inferior a 60 salários mínimos. Competência do juizado especial federal. Precedentes do STJ. Agravo regimental improvido. I. Hipótese em que o Ministério Público Federal atua como substituto processual de pessoa determinada, em ação ajuizada contra a União, o Estado do Paraná e o Município de Umuarama/PR, de valor inferior a sessenta salários-mínimos, objetivando a condenação dos réus ao fornecimento gratuito de medicamento. II. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (a) "as causas relacionadas a fornecimento de medicamentos até 60 salários mínimos submetem-se ao rito dos Juizados Especiais, não sendo a necessidade de perícia argumento hábil a afastar a referida competência" (STJ, AgRg no REsp 1.469.836/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, *DJe* de 9/3/2015); (b) "a exceção à competência dos Juizados Especiais Federais prevista no art. 3º, § 1º, I, da Lei 10.259/2001 se refere apenas às ações coletivas para tutelar direitos individuais homogêneos, e não às ações propostas individualmente pelo próprios titulares" (STJ, CC 83.676/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, *DJU* de 10/9/2007); e (c) "Não há

> óbice para que os Juizados Especiais procedam ao julgamento de ação que visa o fornecimento de medicamentos/tratamento médico, quando o Ministério Público atua como substituto processual de cidadão idoso enfermo" (STJ, REsp 1.409.706/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, *DJe* de 21/11/2013). III. Agravo Regimental improvido (STJ, AgRg no REsp 1.354.068/RS, Rel.ª Min.ª Assusete Magalhães, Segunda Turma, j. em 18/6/2015, *DJe* de 1º/7/2015).

> Administrativo. Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Fornecimento de medicamento. Valor até 60 (sessenta) salários mínimos. Ação civil pública proposta pelo ministério público. Reconhecimento de direito individual. Competência dos Juizados Especiais Federais. Precedentes STJ. Agravo não provido. 1. A orientação deste Superior Tribunal é no sentido de que as causas relacionadas a fornecimento de medicamentos até 60 (sessenta) salários mínimos submetem-se ao rito dos Juizados Especiais, não constituindo obstáculo ao exercício dessa competência a eventual necessidade de produção de prova técnica. 2. "Não há óbice para que os Juizados Especiais procedam ao julgamento de ação que visa o fornecimento de medicamentos/tratamento médico, quando o Ministério Público atua como substituto processual de cidadão idoso enfermo" (REsp 1.409.706/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJe* de21/11/2013). 3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no REsp 1.198.286/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, j. em 4/2/2014, *DJe* de 24/2/2014).

> Administrativo e processual civil. Recurso especial. Ação de fornecimento de medicamentos/tratamento médico. Direito difuso, defendido individualmente. Competência dos Juizados Especiais Federais. 1. Recurso especial no qual se discute se as ações de fornecimento de medicamentos/tratamento médico, ajuizadas pelo Ministério Público em substituição processual de cidadão idoso enfermo, podem ser julgadas pelos Juizados Especiais da Fazenda Pública. 2. Não há óbice para que os Juizados Especiais procedam ao julgamento de ação que visa o fornecimento de medicamentos/tratamento médico, quando o Ministério Público atua como substituto processual de cidadão idoso enfermo. 3. Embora o direito à saúde se insira no gênero dos direitos difusos, sua defesa pode-se dar tanto por meio de ações coletivas, como individuais; e a intenção do legislador federal foi de excluir da competência dos Juizados Especiais a defesa coletiva do direito à saúde, e não a defesa individual. 4. Recurso especial não provido.
>
> (STJ, REsp 1.409.706/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. em 7/11/2013, *DJe* de 21/11/2013.)

Como se vê, a posição acima se funda na compreensão de que, em virtude da expressa ressalva feita na parte final do art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei Federal nº 10.259/2001 e do art. 2º, § 1º, inc. I, da Lei Federal nº 12.153/2009, o intuito do legislador seria o de excluir do âmbito da competência dos Juizados Especiais apenas as "demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos", e não aquelas ajuizadas em defesa de direitos individuais.

Anote-se, ainda, que o último precedente colacionado emana de um recurso especial interposto contra acórdão deste Tribunal de Justiça, em que se discutiu, à luz da Lei Federal nº 12.153/2009, a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública para conhecer de ações instauradas pelo *Parquet*.

Neste contexto, diante da orientação firmada pelo col. Superior Tribunal de Justiça – a quem incumbe proferir a última palavra a respeito da interpretação da legislação federal infraconstitucional –, curvo-me àquele entendimento, para também admitir a possibilidade de o Ministério Público atuar perante os Juizados Especiais da Fazenda Pública na defesa de interesse individual.

Superada tal questão, verifica-se que a Lei Federal nº 12.153/2009, de caráter nacional, estabelece rito próprio, pelo qual se pelo qual se atribui competência absoluta aos Juizados Especiais já instalados, nos termos do seu art. 2º, § 4º, e se admite recurso tão somente contra a decisão de natureza cautelar, antecipatória e a sentença.

Em relação aos Juizados Especiais da Fazenda Pública dos Estados, a mesma Lei nº 12.153/2009 prevê:

> Art. 14. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública serão instalados pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.
>
> [...]
>
> Art. 22. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública serão instalados no prazo de até 2 (dois) anos da vigência desta Lei, podendo haver o aproveitamento total ou parcial das estruturas das atuais Varas da Fazenda Pública.
>
> [...]
>
> Art. 23. Os Tribunais de Justiça poderão limitar, por até 5 (cinco) anos, a partir da entrada em vigor desta Lei, a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, atendendo à necessidade da organização dos serviços judiciários e administrativos.

Por sua vez, o eg. Órgão Especial deste Tribunal de Justiça editou a Resolução nº 641, de 24/6/2010 e, posteriormente, a Resolução nº 700, de 13/6/2012, as quais definiram limites materiais e de alçada para o exercício da competência outorgada aos Juizados Especiais da Fazenda Pública, em conformidade com o permissivo do citado art. 23 da Lei Federal.

Entretanto, o prazo de 5 (cinco) anos legalmente estabelecido para a mencionada limitação se encerrou em 23/6/2015, o que foi até mesmo comunicado pela Presidência do Tribunal de Justiça e do Conselho de Supervisão e Gestão dos Juizados Especiais aos Magistrados mineiros, por meio do Ofício Circular nº 005, de 23/06/2015, *in verbis*:

> Nos termos dos artigos 23 e 28 da Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009, a partir desta data, encerra-se a limitação de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, determinada pelo art. 8º da Resolução nº 700/TJMG, de 13 de junho de 2012.
>
> A partir de então, as ações propostas contra os entes públicos, cujo valor esteja aquém de 60 (sessenta) salários-mínimos, serão processadas nos Juizados Especiais dotados de competência fazendária, ressalvadas aquelas previstas no § 1º do artigo 2º da mesma lei federal.
>
> [...]
>
> Não obstante, cumpre-me alertar a todos os colegas atuantes nas varas dotadas de competência da Fazenda Pública que os processos a eles distribuídos até o dia 22 de junho de 2015 não deverão ser encaminhados aos Juizados Especiais, cabendo aos magistrados responsáveis pela jurisdição ordinária o seu processamento, conforme determinada o artigo 24 da Lei 12.153/2009.

Portanto, desde 23/06/2015, todas as causas cíveis de interesse dos Estados e dos Municípios com valor inferior a 60 (sessenta) salários mínimos devem ser necessariamente ajuizadas perante os Juizados Especiais da Fazenda Pública, ressalvadas apenas as hipóteses albergadas nas alíneas do § 1º do art. 2º do diploma federal acima transcrito.

Ademais, a ação foi ajuizada em 09/01/2015 (f. 2v.), data em que vigente a Resolução nº 700, de 13/06/2012 do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, regulamentadora da Lei Federal nº 12.153/2009, a qual dispõe o seguinte sobre a matéria:

> Art. 1º - A partir de 23 de junho de 2012, os juízos e unidades jurisdicionais do Sistema dos Juizados Especiais do Estado de Minas Gerais, em suas respectivas comarcas, ficam investidos de competência para conciliação, processo, julgamento e execução das causas de que cuida a Lei federal nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009.
>
> Parágrafo único - Nas comarcas do interior do Estado em que houver dois ou mais juízes de direito do Sistema dos Juizados Especiais, os processos de que trata o caput deste artigo serão distribuídos igualitariamente entre eles.
>
> Art. 2º - Nas comarcas em que não existir ou não tiver sido instalada unidade jurisdicional do Sistema dos Juizados Especiais, os feitos da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública tramitarão perante o juiz de direito com jurisdição comum, atualmente investido de competência para os feitos da fazenda pública, e a respectiva secretaria, observado o procedimento especial das Leis federais nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e nº 12.153, de 2009.
>
> [...]
>
> Art. 8º - A competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, na Justiça do Estado de Minas Gerais, ficará limitada às causas no valor máximo de quarenta salários mínimos, relativas a:
>
> I - multas e outras penalidades decorrentes de infrações de trânsito;
>
> II - transferência de propriedade de veículos automotores terrestres;
>
> III - imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN);
>
> IV - imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços (ICMS);
>
> V - imposto sobre propriedade predial e territorial urbana (IPTU);
>
> VI - fornecimento de medicamentos e outros insumos de interesse para a saúde humana, excluídos cirurgias e transporte de pacientes.
>
> Art. 9º - As demandas ajuizadas até o dia 22 de junho de 2012 não serão redistribuídas aos Juizados Especiais.
>
> Art. 10 - Os recursos interpostos contra decisões proferidas nas ações previstas no art. 8º desta Resolução serão julgados pelas Turmas Recursais do Sistema dos Juizados Especiais, observado o disposto na Resolução nº 386, de 22 de março de 2002.

Na espécie, como se trata de ação cominatória ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face do Estado de Minas Gerais, em 9/1/2015, a fim de compelir o requerido a realizar a procedimento médico de ortopedia em favor do paciente substituído, não há falar em competência absoluta dos Juizados Especiais de Fazenda Pública.

Pelo exposto, rejeito a preliminar.

Mérito.

Inicialmente anoto que, em situações similares, nas quais os pedidos de fornecimento de medicamento e de realização de procedimentos médicos pela Administração Pública são veiculados por meio de mandado de segurança, tenho entendido que a mencionada ação constitucional – frequentemente instruída apenas com receituário de médico particular – não se revela adequada para a obtenção desta espécie de provimento, por não permitir a dilação probatória, com a constatação da necessidade urgente e da ilegalidade do ato omissivo do Poder Público.

Contudo, no caso *sub examine*, o autor se valeu da ação de obrigação de fazer, pela qual submeteu a disceptação acerca da suposta necessidade de realização de transferência hospitalar e do tratamento cirúrgico almejado ao contraditório e à ampla instrução probatória. Portanto, resta verificar, a partir dos elementos produzidos na demanda, se cabível a condenação do réu, nos termos da decisão liminar de f. 18/20 e 39, confirmada pela sentença de f. 62.

Da análise dos autos, verifica-se que foram instruídos, entre outros, com o relatório médico de f. 14/15, que noticia ser o paciente em situação de pós-operatório de fratura de cotovelo e com material de osteossíntese em contato com subcutâneo e pele, com necessidade de internação e encaminhamento para possibilidade de cirurgia c/ retirada do material (f. 33/38).

Ora, como o documento acima está subscrito por agente público – médico vinculado ao SUS –, cujos atos se revestem de presunção de legitimidade, este constitui prova indiciária da necessidade e da adequação do procedimento prescrito, fato constitutivo do direito defendido na inicial (CPC/73, art. 333, inc. I, vigente à época da instrução).

A seu turno, o requerido não cogitou a existência de outras medidas para o atendimento do paciente ou afastou a necessidade e a urgência da transferência e dos procedimento pleiteados – o que poderia constituir fato impeditivo do direito invocado na inicial -, mas limitou-se a aduzir a responsabilidade do ente municipal e a necessária observância da lista de espera estabelecida pela Central de Regulação Assistencial.

A este respeito, registro já haver acompanhado entendimento favorável à injuridicidade de medida que implique a quebra de ordem de internação estabelecida pelo SUS, em detrimento dos demais pacientes em situações de urgência (cf. Embargos Infringentes nº 1.0245.09.165747-9/002, Oitava Câmara Cível, j. 08/03/2012, *DJe* de 27/3/2012).

Entretanto, *in casu*, o Estado de Minas Gerais não negou a necessidade do paciente substituído, tampouco comprovou, nos termos do inc. II do art. 333 do CPC/1973, vigente à época da instrução, que a transferência do paciente, de fato, resultaria em subversão da ordem de prioridades na administração da disponibilidade de leitos públicos.

Por fim, reconheço que o Pleno do exc. Supremo Tribunal Federal sufragou posição contrária à suprarreferida no julgamento do RE 855.178-RG/PE, com repercussão geral, de cuja ementa se extrai:

> Recurso extraordinário. Constitucional e administrativo. Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação de jurisprudência. - O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.
>
> (STF, RE 855.178-RG/PE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 5/3/2015, *DJe* de 16/3/2015).

Conquanto ainda não tenha me convencido de tal posicionamento – na esteira das razões deduzidas no acórdão proferido no Processo nº 1.0024.13.168867-3/001, sob a minha relatoria, julgado em 23/06/2015 –, curvo-me à decisão plenária da Corte Suprema, para também considerar o caráter solidário da responsabilidade dos entes federados pela prestação da assistência à saúde.

Desta forma, não infirmadas pelo requerido a necessidade e a adequação da transferência e da realização do procedimento médico pleiteado pela parte autora, e uma vez que o art. 196 da Constituição da República impõe ao Poder Público a prestação de serviço integral de saúde, a sentença cuidou de fazer cumprir, no caso concreto, o mandamento constitucional.

Por fim, no tocante à fixação de multa, as razões recursais do Estado não merecem acolhimento, pois as astreintes são plenamente aplicáveis no bojo das ações civis públicas, cujo objeto é obrigação de fazer, a fim de garantir o seu cumprimento.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso voluntário e, no reexame necessário, confirmo a sentença.

Deixo de condenar o apelante nas custas, em virtude de ser ele o próprio sujeito ativo da subjacente relação tributária, assim teratológica a isenção prevista no inc. I do art. 10 da Lei Estadual nº 14.939/2003.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ARMANDO FREIRE e ALBERTO VILAS BOAS.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO E, NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

• • •

Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de relação jurídica c/c repetição de indébito e indenização contrato de cartão de crédito consignado. Ônus da instituição financeira. Fato negativo. Contratação comprovada. Desconto das parcelas. Exercício regular de direito. Dever de reparar e restituir valores. Afastado

- O fornecedor de produtos e serviços responde, objetivamente, pelos danos decorrentes da falha no serviço, devendo ressarcir o ofendido, nos termos do artigo 14, do CDC.

- Tratando-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídica, é ônus do réu, pretenso credor, provar a existência de vínculo contratual apto a justificar os descontos realizados no benefício previdenciário da parte autora.

- Quando a parte ré, efetivamente, comprovar a existência de relação jurídica entre as partes, tornando-se patente a existência do negócio jurídico, os descontos efetuados no benefício previdenciário percebido pela autora configuram exercício regular de direito, afastando-se os pleitos de indenização por danos morais e de repetição de indébito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0236.18.000256-0/001 - Comarca de Elói Mendes - Apelante: Rosângela Narente Teixeira - Apelados: BV Financeira S/A, Banco BMG S.A - Relator: DES. MAURÍCIO PINTO FERREIRA

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2019 - *Maurício Pinto Ferreira* - Relator.

Voto

DES. MAURÍCIO PINTO FERREIRA (RELATOR) - Foi interposto recurso de apelação por Rosângela Narente Teixeira, contra sentença de f. 97/98-v., proferida pela MMª. Juíza de Direito da Comarca de Elói Mendes que, nos autos da Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica c/c Repetição do Indébito e Indenização por Ato Ilícito, ajuizada pela apelante em face de Banco BMG S/A, julgou improcedentes os pedidos iniciais e condenou a autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, suspendendo a exigibilidade dessas verbas por ser beneficiária da justiça gratuita.

Inconformada, a apelante diz que impugnou o contrato apresentado pelo apelado às f. 45/49, requerendo fosse juntada a via original, pois havia divergências em sua numeração e no valor do crédito concedido, além de o instrumento não preencher os requisitos legais, como nome e assinatura de testemunhas.

Alega que não é crível que uma pessoa de pouca leitura, semianalfabeta, que sempre morou na Comarca de Elói Mendes, tenha feito um empréstimo na desconhecida cidade de Lagarto/MG.

Consigna que pessoas de má-fé captam os dados dos aposentados e os induzem a erro para a concessão de empréstimos consignados, sem que estes venham a anuir nos contratos.

Ressalta que deve ser extinta a relação jurídica, condenando-se o banco apelado ao pagamento de indenização por danos morais.

Requer seja provido o recurso para reformar a sentença e julgar procedentes os pleitos iniciais.

Contrarrazões às f. 105/117, em que o apelado pugna pelo desprovimento do inconformismo.

Relatado, examino-o e, ao final, decido.

Recurso próprio e tempestivo, dispensado o preparo.

Conheço do apelo, presentes os demais pressupostos de admissibilidade.

Recebo a apelação nos termos do art. 1.012 do CPC.

Cinge-se a controvérsia acerca da declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes, que ensejou o desconto no benefício previdenciário da autora, bem como da indenização por danos morais e repetição de indébito pleiteada pela recorrente/autora, em razão dos referidos descontos.

Registro, inicialmente, que a relação entabulada nos autos é de consumo, estando autora e réu enquadrados no conceito de consumidor e fornecedor, respectivamente, insculpido nos art. 2º e 3º, do CDC.

Também é de se registrar que não resta a menor dúvida de que a responsabilidade contratual do banco requerido é objetiva, respondendo, independentemente de culpa, nos termos do art. 14, do CDC, pela reparação de danos causados pelo defeito do produto ou má prestação do serviço.

Veja-se a redação do mencionado dispositivo legal:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> [...]
>
> § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
>
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
>
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Cumpre salientar que, nesses casos, o dever de reparar somente será afastado caso o prestador do serviço comprove a existência de uma das excludentes previstas no § 3º, do aludido diploma normativo, a saber, inexistência do defeito, culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Assim, há de se ponderar que, pelos influxos da legislação consumerista, caberia à requerente comprovar apenas a falha na prestação do serviço, bem como o dano sofrido, ao passo que o requerido, para se eximir da sua responsabilidade, deveria demonstrar a existência de uma das excludentes acima indicadas.

No caso em comento, em exame detido dos autos, verifico que o requerido, ora apelado, apresentou, às f. 45/49, o Termo de Adesão Cartão de Crédito Consignado Banco BMG S.A e Autorização para Desconto em Folha de Pagamento, bem como a Cédula de Crédito Bancário - Saque mediante a utilização do Cartão de Crédito Consignado emitido pelo Banco BMG, documentos devidamente assinados pela apelante, cujos termos, essencialmente, coincidem com as informações insertas no sistema do INSS para desconto em seu benefício previdenciário (f. 16/18).

É possível constatar que, no termo e no contrato, consta o exato número do benefício previdenciário da apelante - 095667939 -, assim como a correta indicação da agência e da conta bancária em que ela recebe tal benefício - Banco Santander, agência 3123, conta corrente 1040745-2 -, conta na qual foi disponibilizado à apelante o valor do crédito a ser pago por meio do cartão de crédito consignado, como se vê da f. 62.

Ainda, a data da contratação coincide com a data em que averbado perante o INSS o desconto - 8/8/2017 -, mostrando-se irrelevante, diante das coincidências destacadas, a dita divergência na numeração do contrato.

Além disso, a divergência atinente ao *quantum* total do crédito disponibilizado à autora também não se mostra apta a demonstrar a inexistência da relação jurídica firmada entre as partes, uma vez que, conforme

bem colocado pela douta Magistrada *primeva* (f. 98/98-v.), a forma de pagamento contratada - opção pelo valor mínimo da fatura e observância à margem consignável do benefício previdenciário - faz incidir juros e encargos sobre o saldo devedor, o que acarreta, naturalmente, variações irrelevantes em valores, que não desnaturam a efetiva contratação.

Registro que a apelante não impugnou as assinaturas apostas no termo e no contrato, não sendo aplicável ao caso, então, o ônus da prova inserto no art. 429, II, do CPC.

Era ônus da apelante, *in casu*, comprovar eventual falsidade dos documentos, nos termos do inciso I, do art. 429, do CPC, do qual não se desincumbiu a contento, não bastando para tanto apenas requerer a juntada da via original da referida documentação.

Anoto, enfim, que os nomes e as assinaturas de testemunhas não são requisitos de validade do negócio jurídico e que a menção a uma suposta cidade, denominada "Lagarto - MG", relaciona-se aos dados do correspondente bancário, e não ao local da contratação.

Nesse passo, entendo que a regularidade da contratação e, por conseguinte, dos descontos efetuados restou comprovada pelo apelado, verificando-se, no caso em tela, que o recorrido atuou em exercício regular de direito ao promover os descontos no benefício previdenciário da apelante, não havendo, pois, qualquer ato ilícito a ensejar o dever de indenizar.

Nesse sentido a jurisprudência:

> Apelação cível. Ação declaratória de desconstituição de débito c/c indenização por danos morais. Contrato de empréstimo consignado. Renegociação. Liquidação de contrato anterior. Improcedência dos pedidos iniciais. Demonstrado nos autos que a negociação acarretou liquidação de dívida anterior, resta justificada a diferença entre o valor total pactuado e o montante creditado em conta corrente da autora, afastando qualquer ilegalidade ou falha na prestação de serviços pela instituição financeira demandada. Recurso não provido.(TJMG - Apelação cível nº 1.0069.14.000876-9/002, Rel. Des. Amorim Siqueira, 9ª Câmara Cível, j. em 25/4/2017, p. em 12/5/2017).
>
> Apelação. Declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização. Negativação. Prova de fato negativo. Origem da dívida comprovada. Responsabilidade civil. Exercício regular de direito. Pleito improcedente. Litigância de má-fé. Condicionantes. - Alegando o autor inexistência de débito, justificador da inclusão de seu nome em serviço de proteção ao crédito, compete ao réu, por se tratar de fato negativo, demonstrar a existência do negócio jurídico e do inadimplemento. - Constitui exercício regular de direito a inscrição do nome do devedor nos serviços de restrição ao crédito, se há dívida previamente constituída e não paga. - Não configuradas as hipóteses previstas no art. 80, do NCPC, deve ser decotada a multa por litigância de má-fé. (TJMG - Apelação cível nº 1.0620.16.000435-9/001, Rel. Des. Alberto Diniz Junior, 11ª Câmara Cível, j. em 29/3/0017, p. em 31/3/2017).

Assim sendo, comprovada a regularidade dos descontos efetuados no benefício previdenciário da autora, entendo ser acertada a sentença de improcedência do pedido inicial, seja em relação ao pedido declaratório de inexistência de relação jurídica, seja quanto ao pedido indenizatório e de repetição de indébito.

Isso posto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.

Custas recursais pela apelante. Majoro os honorários advocatícios para 11% (onze por cento), nos termos do art. 85, §§ 1º, 2º e 11, do CPC. Suspendo a exigibilidade dessas verbas, ante a gratuidade judicial concedida.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VICENTE DE OLIVEIRA SILVA E MANOEL DOS REIS MORAIS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Embargos de devedor - Prescrição - Incidência da regra contida no art - 202, IV, do Código Civil - Interrupção do prazo - Nota promissória sem valor extenso - Artigo 54 do Decreto 2.044 - Falta local de pagamento - Incidência do art. 73 da LUG - Ausência de nulidade do título

- Requerendo o autor da execução a habilitação do seu crédito junto ao inventário do emitente da nota promissória, a fluência do prazo prescricional resta interrompida, conforme a regra contida no art. 202, IV, do Código Civil. Dessa forma, interrompido o prazo, este só volta a fluir a partir da data do último ato do processo.

- O fato de não constar o preenchimento, por extenso, da data do vencimento do título, não acarreta a sua nulidade ou mesmo a perda da sua natureza cambial, sobretudo quando a informação está numericamente representada. Ademais, se aplica o art. 54, do Decreto n. 2.044, que não relaciona como requisito essencial do título, o extenso da data de vencimento.

- O art. 76 da Lei Uniforme de Genebra (Decreto 57.663) dispõe que permanece tendo o efeito de nota promissória a cártula em que não se indique a época e o lugar de pagamento. A nota que não indica a época do pagamento será pagável à vista e aquela em que falte a indicação do lugar onde foi passada, será pagável no lugar da emissão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0528.17.000334-7/001 - Comarca de Prata - Apelante: Espólio de Anacléto Teodoro dos Reis represetado pelo inventariante Ernane Teodoro Santos e outros, Espólio de Jamila Miguel Teodoro - Apelado: Wagner Miguel Teodoro - 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 REJEITAR A PREJUDICIAL DE MÉRITO E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2019. - *Luiz Carlos Gomes da Mata* - Relator.

Voto

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Versa o presente embate sobre recurso de apelação interposto por Espólio de Anacleto Teodoro dos Reis, em razão da sentença proferida pelo ilustre Juiz de Direito da Comarca de Prata, Dr. Jefferson Val Iwassaki, que julgou improcedentes os embargos de devedor.

Nas razões recursais, sustenta o apelante, que a sentença não analisou todas as teses dos embargos de devedor. Alega ainda, que o título tem nulidades, como falta da data de vencimento por extenso e falta de endereço do emitente. Sustenta mais, que a ausência de planilha pormenorizada do débito, também vicia o título.

No tocante à tese de prescrição rechaçada, alega que ato que autorizou o reinício da fluência do prazo prescricional, ocorreu em março de 2006, estando, assim, prescrito o direito para a ação de execução.

Pede ao final pela reforma da sentença julgando procedentes os embargos.

O apelante está sob o pálio da justiça gratuita (f. 76-v).

As contrarrazões foram apresentadas às f. 106/109.

É o modesto relatório. Decido.

Conheço do recurso de apelação, uma vez que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Extrai-se dos autos que o ora apelante interpôs ação de embargos de devedor em face da execução em apenso, cujo objeto é uma nota promissória (f. 17 da execução) no valor de R$80.000,00 (oitenta mil reais).

Nas razões da peça inicial dos embargos, alega o embargante, que ocorreu a prescrição do título de crédito. Alega, ainda, que o título tem nulidades, como falta da data de vencimento por extenso e falta de endereço do emitente. Sustenta, mais, que a ausência de planilha pormenorizada do débito também vicia o título.

A sentença (f. 74/76) rejeitou as teses da exordial, julgando improcedentes os embargos.

Insurge-se o ora apelante contra a sentença, pelo que passo a analisar o recurso:

Prejudicial de mérito: prescrição.

Na hipótese dos autos, a execução pleiteada pelo apelado advém de uma nota promissória emitida no dia 10/5/2000, com vencimento para 20/8/2005. Obviamente, como se trata de nota promissória, o prazo para interposição da ação seria de 03 (três anos), de acordo com o art. 70 da Lei Uniforme de Genebra (Decreto nº 57.663/1966).

Nessa linha, *a priori*, estaria caracterizada a prescrição, porém, examinando-se os autos, se verifica que o autor requereu a habilitação do seu crédito junto ao inventário do emitente da nota promissória em 14 de março de 2006 (f. 44/v), razão pela qual a fluência do prazo prescricional restou interrompida, conforme a regra contida no art. 202, IV, do Código Civil.

Dessa forma, interrompido o prazo, este só volta a fluir a partir da data do último ato do processo. Nessa linha, o colendo Superior Tribunal de Justiça, fixou este entendimento:

> Agravo interno no agravo interno no agravo em recurso especial. Medida cautelar de protesto. Interrupção da prescrição. Reinício do prazo prescricional do último ato processual. Recurso desprovido. 1. "A jurisprudência desta Corte Superior possui entendimento de que quando a interrupção de prescrição se der em virtude de demanda judicial, o novo prazo só correrá da data do último ato do processo" (AgInt no AREsp 1.010.473/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 6/4/2017, *DJe* de 18/4/2017). 2. Agravo interno desprovido (AgInt no AgInt no AREsp 854.960/RJ, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, j. em 14/8/2018, *DJe* de 21/8/2018).

Destarte, como a sentença da habilitação de crédito (f. 44/v) foi proferida em agosto de 2016, sendo a execução interposta em novembro de 2016, não há que se falar em prescrição.

Neste sentido já decidiu esta egrégia Câmara:

> Apelação cível. Ação monitória. Nota promissória sem força executiva. Ajuizamento da ação. Prazo quinquenal. Termo inicial. Data do vencimento do título. Pedido de habilitação do crédito no juízo do inventário do devedor. Interrupção da prescrição. Art. 202, IV, do Código Civil. Sentença Cassada. - Conforme entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, o prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de nota promissória sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte ao vencimento do título. Consoante disposição do art. 202, IV, do Código Civil, a prescrição se interrompe 'pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores' (TJMG - Apelação Cível nº 1.0003.16.003815-8/001, Rel. Des. José de Carvalho Barbosa, 13ª Câmara Cível, j. em 04/08/2017, p. em 11/8/2017).

Diante de tais considerações, rejeito a prejudicial de mérito.

No tocante as demais alegações do recurso, alega o apelante que a falta da data de vencimento por extenso e a falta de endereço do emitente anula o título. Sustenta, mais, que a ausência de planilha pormenorizada do débito, também vicia o título.

No que alude à necessidade de preenchimento por extenso da data de vencimento da nota promissória, entendo que não assiste razão ao apelante, pois o fato de não constar o preenchimento, por extenso, da data do vencimento do título, não acarreta a sua nulidade ou mesmo a perda da sua natureza cambial, sobretudo quando a informação está numericamente representada.

Isso porque se aplica o art. 54, do Decreto n. 2.044, que não relaciona como requisito essencial do título, o extenso da data de vencimento:

> Art. 54. A nota promissória é uma promessa de pagamento e deve conter estes requisitos essenciais, lançados, por extenso no contexto:
>
> I. a denominação de "Nota Promissória" ou termo correspondente, na língua em que for emitida;
>
> II. a soma de dinheiro a pagar;
>
> III. o nome da pessoa a quem deve ser paga;
>
> IV. a assinatura do próprio punho da emitente ou do mandatário especial.
>
> § 1º Presume-se ter o portador o mandato para inserir a data e lugar da emissão da nota promissória, que não contiver estes requisitos.
>
> § 2º Será pagável à vista a nota promissória que não indicar a época do vencimento. Será pagável no domicílio do emitente a nota promissória que não indicar o lugar do pagamento. É facultada a indicação alternativa de lugar de pagamento, tendo o portador direito de opção.
>
> § 3º Diversificando as indicações da soma do dinheiro, será considerada verdadeira a que se achar lançada por extenso no contexto.
>
> Diversificando no contexto as indicações da soma de dinheiro, o título não será nota promissória.
>
> § 4º Não será nota promissória o escrito ao qual faltar qualquer dos requisitos acima enumerados. Os requisitos essenciais são considerados lançados ao tempo da emissão da nota promissória. No caso de má-fé do portador, será admitida prova em contrário.

Nesse mesmo sentido é a jurisprudência deste Tribunal:

> Apelação. Embargos à execução. Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam. Rejeição. Nota promissória. Preenchimento, por extenso, do vencimento. Desnecessidade. Recurso desprovido. - A análise das condições da ação deve ser realizada *in statu assertionis*, com base na narrativa realizada pela parte autora na petição inicial. - Em se concluindo que o autor é o possível titular do direito sustentado na inicial, bem como que os réus devem suportar a eventual procedência da demanda, estará consubstanciada a condição da ação relativa à legitimidade das partes. - O fato de não constar o preenchimento, por extenso, da data do vencimento do título, não é hábil a acarretar a sua nulidade ou a perda da sua natureza cambial, sobretudo quando a informação está numericamente representada (art. 54, do Decreto n. 2044). - Preliminar rejeitada e recurso desprovido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0342.10.011497-0/001, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, 17ª Câmara Cível, j. em 21/11/2013, p. em 3/12/2013).

Em relação à falta de endereço na nota promissória, o art. 76 da Lei Uniforme de Genebra (Decreto 57.663), dispõe que permanece tendo o efeito de nota promissória a cártula em que não se indique a época e o lugar de pagamento. A nota que não indique a época do pagamento será pagável à vista, e aquela em que falte a indicação do lugar onde foi passada, será pagável no lugar da emissão, que, no caso, presume-se ser o lugar do domicílio do subscritor do título.

Insurge-se ainda contra a sentença o apelante, alegando que a execução é nula, pois o exequente, ora apelado, não apresentou uma planilha detalhada do débito.

De fato, o credor deve instruir a petição inicial com o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, quando se tratar de execução por quantia certa, pois segundo o art. 614, II, do Código de Processo Civil a planilha de débito é elemento indispensável da execução. Confira-se:

> Art. 614. Cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial:
>
> I - omissis;
>
> II - com o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, quando se tratar de execução por quantia certa.

No entanto, a norma do art. 614, II, do Código de Processo Civil deve ser vista com a devida cautela, sob pena de transformarmos a obediência ao processo na finalidade máxima da prestação jurisdicional.

No caso dos autos, a planilha acostada na execução de f. 18 fora elaborada e apresentada, por ocasião do ajuizamento da ação.

Além disso, segundo os cálculos apresentados, consta a incidência de juros legais e de correção monetária sobre o débito exequendo, não havendo que se falar em nulidade.

Sobre o tema, trago à baila o entendimento deste egrégio Tribunal:

> Processo civil. Embargos à execução. Nota promissória. Ausência de demonstrativo. Acertamento aritmético- excesso de execução. Ônus da prova. Embargante. - A teor do disposto no art. 614, inc. II do CPC, alterado pela Lei nº 8.953/1994, cumpre ao credor instruir a petição inicial de execução com o demonstrativo do débito atualizado até a propositura da ação, quando se tratar de execução por quantia certa. No entanto, se as memórias apresentam a discriminação e atualização dos débitos, suficientes para que o devedor fundamente suas razões em embargos, não se pode cogitar de nulidade da execução. - Não restando comprovadas pelo apelante suas alegações com relação ao pagamento parcial do débito, nem ao

> menos trazendo indícios da veracidade das afirmações, em desatendimento à regra prevista no inciso II do art. 333 do Código de Processo Civil, há que ser julgado improcedente o pedido de reconhecimento do sugestionado excesso de execução (TJMG - Apelação Cível nº 1.0095.07.001752-0/001, Rel. Des. Rogério Medeiros, 14ª Câmara Cível, j. em 14/1/2010, p. em 2/2/2010).

Diante de tais considerações, rejeito a prejudicial de mérito e nego provimento ao recurso, mantendo intacta a sentença combatida.

Custas, pelo Apelante, suspensa a exigibilidade.

Majoro os honorários advocatícios fixados para o importe de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, suspensa a exigibilidade.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES NEWTON TEIXEIRA CARVALHO e ALBERTO HENRIQUE.

Súmula - REJEITARAM A PREJUDICIAL DE MÉRITO E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Responsabilidade civil - Cemig - Instalação de rede elétrica - Demora - Prazo legal - Inobservância - Excludente de causalidade - Inexistência - Dano moral - Configurado - *Quantum* fixado - Manutenção

- Reconhecida no Incidente de Demandas Repetitivas nº 1.0000.16.056466-2/002 a incompetência do Juizado Especial da Fazenda Pública, bem como a competência da Vara da Fazenda Pública e Autarquias para processar e julgar as ações propostas em face da Cemig Distribuição S/A, que é o caso dos autos, deve ser reconhecida a competência deste Tribunal para julgamento do recurso interposto.

- A teoria da responsabilidade civil baseia-se na aferição da antijuricidade da conduta do agente, no dano a pessoa ou coisa da vítima e na relação de causalidade entre a conduta e o dano.

- Quando a omissão por parte do Estado for genérica, não há que se falar em responsabilidade objetiva, uma vez que, mesmo tendo o ente público o dever geral de ação, a sua omissão não foi a causa direta do dano sofrido pelo particular. Entretanto, havendo omissão específica, ou seja, o dano é consequência direta da inércia, o Estado responde objetivamente pelos danos causados.

- O fornecimento de energia elétrica é um serviço essencial e, dessa feita, aplicam-se a ele os princípios norteadores do serviço público, em especial, o da continuidade.

- Os arts. 31 e 32 da Resolução Normativa da ANEEL n° 414/2010 dispõem o prazo para realização do serviço de ligação por parte da concessionária de energia elétrica e a demora injustificada em cumprir a sua obrigação nos termos previstos em lei consiste em falha na prestação do serviço.

- Restando evidente a responsabilidade da concessionária de energia elétrica, nasce o dever de indenizar pelos danos morais e materiais sofridos.

- Para fixação do valor do dano moral deve-se levar em consideração a necessidade de minimizar o sofrimento daquele que sofreu o dano e de punir o ofensor com o objetivo de que o fato não se repita.

- Conforme a doutrina e a jurisprudência, o valor do dano moral a ser fixado deve ter correspondência com a gravidade objetiva da lesão e o seu efeito lesivo, acrescendo, ainda, as reais condições econômicas das partes.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0086.16.000667-1/001 - Comarca de Brasília de Minas - Apelante: Cemig Distribuição S/A - Apelante adesiva: Claudiane de Oliveira Lopes - Apelada: Cemig Distribuição S/A, Claudiane de Oliveira Lopes - 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 13 de junho de 2019. - *Ângela de Lourdes Rodrigues* - Relatora.

Voto

DES.ª ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES - Trata-se de recurso de apelação interposto pela Cemig Distribuição S/A e recurso adesivo interposto por Claudiane de Oliveira Lopes contra a sentença de f. 76/79, proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Brasília de Minas nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais, na qual foi julgado parcialmente procedente o pedido inicial, condenando a requerida ao pagamento de R$5.000,00 (cinco mil reais) a título de dano moral, devidamente corrigido. Condenou a concessionária ao pagamento das custas processuais, bem como honorários advocatícios no valor de R$800,00 (oitocentos reais).

Inconformada, a Cemig Distribuição S/A., nas razões de f. 82/98, alega após aprovação do serviço solicitado foi realizado levantamento de campo e diligências junto à prefeitura local para elaboração do projeto de extensão de rede no qual ficou constatado que a propriedade da apelada está localizada em um chacreamento constituído por meio do parcelamento irregular do solo.

Destaca a assinatura de um Termo de Compromisso firmado com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais no qual se comprometeu a não realizar novas ligações de energia elétrica em empreendimentos de parcelamento do solo e em unidades consumidoras decorrentes destes, instalados para fins urbanos, clandestinos ou irregulares situados em áreas onde não é permitido o parcelamento do solo para fins urbanos.

Salienta que, após declaração de regularidade emitida junto à Prefeitura, deu sequência ao requerimento aberto pela apelada.

Aduz que, em razão de o imóvel estar situado em loteamento irregular, a concessionária não procedeu com o cumprimento da obra no prazo inicialmente estipulado, motivo pelo qual não há falar em indenização por danos morais.

Afirma que, quanto ao pedido de indenização por dano moral, a apelada não cuidou de juntar os documentos requisitados e necessários para que pudesse ser executada a obra por meio do seu Programa Universalização de Energia Elétrica.

Assevera que o dever de cuidado não pode ser confundido com ato ilícito ou má-fé, o que demonstra que não agiu com dolo ou culpa capaz de ensejar a obrigação de indenizar pelos danos sofridos pela apelada.

Sustenta a ausência de nexo de causalidade, indispensável ao deferimento do pleito formulado, bem como que inexiste o dever de reparar quando a vítima é submetida a meros aborrecimentos e insatisfações.

Apenas *ad argumentandum*, se mantida a condenação pela configuração do dano moral, pontua a necessidade de fixação do valor utilizando parâmetros pautados pela razoabilidade e proporcionalidade.

Alega que o valor de R$5.000,00 (cinco mil reais) fixado é elevado, desproporcional e desarrazoado.

Quanto aos juros de mora, afirma que o termo inicial para a sua incidência é a publicação da sentença, e não o evento danoso.

Requer seja dado provimento ao recurso.

Preparo devidamente recolhido conforme comprovante de f. 100.

A parte apelada, Claudiane de Oliveira Lopes, apresentou contrarrazões às f. 102/104, requerendo seja negado provimento ao recurso.

Às f. 105/108 a autora apresentou recurso adesivo alegando a necessidade de majoração do valor fixado a título de danos morais.

Salienta que permaneceu por, aproximadamente, um ano sem energia elétrica, não podendo ser entendido como simples dissabor ou aborrecimento do cotidiano.

Aduz que os honorários advocatícios devem ser fixados conforme previsto no art. 85, § 2° do CPC/2015.

Requer, ao final, seja dado provimento ao recurso.

Ausente o preparo tendo em vista o requerimento ao benefício da gratuidade concedido à parte (f. 17)

Intimada para apresentar contrarrazões, a Cemig Distribuição S/A. requereu seja negado provimento ao recurso, ao argumento de que a majoração do valor fixado a título de danos morais geraria um locupletamento indevido, bem como que os honorários foram fixados conforme o grau de complexidade da causa.

É o sucinto relatório.

Inicialmente, cumpre pontuar que o presente recurso será apreciado à 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. 1.046) A legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial, assim considerada sua publicação em cartório, secretaria ou inserção nos autos eletrônicos.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Do recurso de apelação interposto pela Cemig Distribuição S/A.

Primeiramente, destaca-se que este Tribunal de Justiça de Minas Gerais publicou, em 27/02/2019, o Acórdão de mérito do Incidente de Demandas Repetitivas nº 1.0000.16.056466-2/002, representativo da controvérsia repetitiva descrita no Tema 24, cuja tese foi firmada nos seguintes termos:

> 1. A teor do disposto no inciso II, do artigo 5º, da Lei 12.153/2009, a Cemig Distribuição S/A, por se tratar de Sociedade de Economia Mista, não pode figurar no polo de demanda proposta perante o Juizado Especial da Fazenda Pública, independente do valor atribuído à causa.
>
> 2. Nas causas de valor até 40 (salários) mínimos, o consumidor pode optar por acionar a Cemig Distribuição S/A perante a Vara da Fazenda Pública e Autarquias, se existente na Comarca, ou, pela propositura da demanda no Juizado Especial Cível.
>
> 3. A ação consumerista movida em face da Cemig Distribuição S/A, cujo valor da causa supere o patamar de 40 salários mínimos, previsto no artigo 3º, I, da Lei 9.099/95, deve ser proposta perante a Vara de Fazenda Pública e Autarquias, ou, caso inexista referida Vara Especializada na comarca a, no Juízo Cível respectivo.
>
> 4. Em sintonia com o princípio da segurança jurídica, deve ser atribuída eficácia *ex nunc* ao julgado oriundo de IRDR, por meio do qual é sedimentada a incompetência do Juizado Especial da Fazenda para

julgamento das ações consumeristas propostas em face da Cemig Distribuição S/A, de modo a evitar prejuízos inerentes à redistribuição dos feitos.

5. As ações consumeristas já propostas e/ou atermadas nos Juizados da Fazenda Pública e nos Juizados Especiais Cíveis em face da Cemig Distribuição S/A, até a data deste julgamento, devem ser decididas no referido juízo.

6. A tese firmada no IRDR de nº 1.0000.16.056466-2/002, complementada nos presentes embargos, apenas abrange as ações consumerista propostas em face da Cemig Distribuição S/A

Isso posto, reconhecida a incompetência do Juizado Especial da Fazenda Pública, bem como a competência da Vara da Fazenda Pública e Autarquias para processar e julgar as ações propostas em face da Cemig Distribuição S/A, que é o caso dos autos, deve ser reconhecida a competência deste Tribunal para julgamento do recurso interposto.

Feita tal consideração, salienta-se incialmente que a parte autora requereu, quando da propositura da presente ação, a condenação da parte requerida, Cemig Distribuição S/A, a construir rede de transmissão de energia elétrica na sua residência, bem como ao pagamento de indenização pelo dano moral causado.

Destaca-se que, no decurso da ação, a requerida efetuou o serviço na residência da autora, cingindo-se a controvérsia no presente feito apenas quanto ao direito da autora, ora primeira apelante, de ser indenizada a título de dano moral, tendo em vista o descumprimento dos prazos estabelecidos para instalação de energia elétrica na sua residência.

Estabelece o art. 37, § 6º, da Constituição da República:

Art. 37. [...]

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

Note-se que o legislador constituinte consagrou a teoria da responsabilidade objetiva, também denominada de teoria do risco administrativo, em que a obrigação de indenizar prescinde da comprovação dos elementos subjetivos de dolo ou culpa.

A teoria do risco administrativo baseia-se no risco que a atuação estatal encerra para os administrados e na possibilidade de acarretar ônus a certos membros da comunidade.

Hely Lopes Meirelles, entendendo aplicável à responsabilidade civil da Administração Pública a teoria do risco administrativo, preleciona:

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço, na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração. Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos

> membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais (*Direito administrativo brasileiro*, 30. ed.,São Paulo: Malheiros Editores, p. 631).

Também consigna José dos Santos Carvalho Filho a respeito do tema:

> Para configurar-se esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência do fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. [...]
>
> O segundo pressuposto é o dano. Já vimos que não há falar em responsabilidade civil sem que a conduta haja provocado um dano. Não importa a natureza do dano, tanto é indenizável o dano patrimonial como o do dano moral. [...]
>
> O último pressuposto é o nexo causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou culpa. [...]
>
> O nexo de causalidade é fator de fundamental importância para a atribuição de responsabilidade civil do Estado [...]
>
> O Estado causa danos a particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença dos seus pressupostos - o fato administrativo, o dano e o nexo causal.
>
> Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos (*Manual de direito administrativo.* 14. ed., Lúmen Júris Editora, 2005, p. 448 e p. 454).

No entanto, importa consignar que há dissenso doutrinário e jurisprudencial acerca da aplicação da teoria da responsabilidade objetiva nos casos em que os danos são decorrentes de omissão do ente público quanto à obrigação que lhe competia.

Rui Stoco registra:

> A responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço é subjetiva, porque baseada na culpa (ou dolo). Caracterizará sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, não o faz, ou atua de modo insuficiente. O Estado tanto pode responder pelo dano causado em razão da responsabilidade objetiva consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição da República (se a atividade da qual decorreu o gravame foi lícita), como pela teoria subjetiva da culpa (se a atividade foi ilícita ou em virtude de faute du service) (TJSP, 1ª C. Ap. Rel. Renan Lotufo, *RJTJSP* 156/90).
>
> A propósito:
>
> Segundo conceituados administrativistas, para que haja responsabilidade objetiva do Estado, forçoso reconhecer que os atos lesivos devem ser praticados por agentes públicos, por comissão. Se houve omissão, sua responsabilidade será por culpa subjetiva (cf. Lúcia Valle Figueiredo, in *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 4. ed., p. 255). [...] No mesmo diapasão, da necessidade de apuração da responsabilidade subjetiva no caso de atos omissivos, mas sempre ligada diretamente ao funcionamento do serviço público, é a dissertação de Celso Antônio Bandeira de Mello (cf. *Curso de*

> *direito administrativo*, Malheiros Editores, 9. ed., p. 631) (STJ, REsp 44.500-MG, Rel. p/acórdão Min. Franciulli Netto).

Sabe-se que o dever de reparar imposto a quem causa dano a outrem é princípio geral de direito, no qual se aporta toda a teoria da responsabilidade presente no ordenamento jurídico pátrio (art. 186 do Código Civil) segundo a qual: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Deste conceito, exsurgem os requisitos essenciais da reparação civil, quais sejam: a) a verificação de uma conduta antijurídica, dolosa ou culposa; b) a existência de um dano de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não-patrimonial; e c) o estabelecimento de um nexo de causalidade entre uma e outro.

A teoria da responsabilidade civil baseia-se, pois, na aferição da antijuricidade da conduta do agente, no dano a pessoa ou coisa da vítima e na relação de causalidade entre a conduta e o dano.

Consta dos autos que a autora, ora primeira apelante, adquiriu a propriedade de um imóvel localizado na Rua D, n° 123, bairro Botelho, onde passou a residir com seus familiares.

Em fevereiro de 2015, solicitou junto à Cemig Distribuição S/A. a ligação de energia elétrica, porém a solicitação não foi atendida dentro dos 30 (trinta) dias previstos pela concessionária. Após novo contato, ocorrido em abril de 2015, recebeu uma resposta da concessionária datada de 5/5/2015 (f. 12) informando que teria concluídos os estudos necessários para viabilizar a realização dos serviços e que o atendimento da solicitação ocorreria até 27/10/2015.

Apresenta nova correspondência da Cemig Distribuição S/A. (f. 13), datada de 5/10/2015, na qual a concessionária de energia elétrica informa que, devido ao volume de carteira de obras da Cemig e o atendimento a novas cargas estar muito elevado, houve a necessidade de estabelecer um cronograma e replanejamento da execução das obras, e que a previsão para execução do serviço solicitado passou a ser até 30/3/2016.

A Lei n° 8.987/1995 prevê que:

> Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato
>
> § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.
>
> § 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço

Quanto ao prazo para realização do serviço de ligação por parte da concessionária de energia elétrica, os artigos 31 e 32 da Resolução Normativa da ANEEL n°. 414/2010 dispõem que:

> Seção III
>
> Dos Prazos de ligação
>
> Art. 31. A ligação da unidade consumidora ou adequação da ligação existente deve ser efetuada de acordo com os prazos máximos a seguir fixados: (Redação dada pela REN ANEEL 670 de 14/7/2015)

> I - 2 (dois) dias úteis para unidade consumidora do grupo B, localizada em área urbana;
>
> II - 5 (cinco) dias úteis para unidade consumidora do grupo B, localizada em área rural; e
>
> III - 7 (sete) dias úteis para unidade consumidora do grupo A.
>
> Parágrafo único. Os prazos fixados neste artigo devem ser contados a partir da data da aprovação das instalações e do cumprimento das demais condições regulamentares pertinentes.
>
> Seção IV
>
> Do Orçamento e das Obras para Viabilização do Fornecimento
>
> Art. 32. A distribuidora tem o prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da solicitação de que trata o art. 27, para elaborar os estudos, orçamentos, projetos e informar ao interessado, por escrito, quando: (Redação dada pela REN ANEEL 670 de 14.07.2015)
>
> I - inexistir rede de distribuição que possibilite o pronto atendimento da unidade consumidora;
>
> II - a rede necessitar de reforma ou ampliação; (Redação dada pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012)
>
> III - o fornecimento depender de construção de ramal subterrâneo; ou (Redação dada pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012)
>
> IV - a unidade consumidora tiver equipamentos que, pelas características de funcionamento ou potência, possam prejudicar a qualidade do fornecimento a outros consumidores. (Incluído pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012)

No presente caso, observa-se que a própria autora informa na inicial que solicitou a instalação de rede de transmissão de energia e iluminação pública, e a concessionária de energia elétrica tinha o prazo de 30 (trinta) dia para realização do serviço conforme o disposto no artigo 32 da Resolução normativa da ANEEL nº. 414/2010, supracitado.

Da análise dos autos verifica-se que o serviço foi concluído apenas em 19/9/2016 (f. 71), ou seja, depois de decorrido mais de um ano da solicitação realizada pela autora, ora primeira apelante, extrapolando, e muito, o prazo legal estabelecido.

Portanto, restou incontroversa a falha da concessionária de energia elétrica e, consequentemente, a configuração do ato ilícito praticado, uma vez que deixou de cumprir a sua obrigação nos termos previstos em lei.

No que concerne ao alegado dano moral, não se pode olvidar que sua reparação, como instrumento de defesa dos direitos de personalidade, tem força constitucional, com amparo no art. 5º, inciso X:

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Para a caracterização do dano moral é indispensável a ocorrência de ofensa a algum dos direitos da personalidade do indivíduo, direitos esses inerentes à pessoa humana por serem intransmissíveis e irrenunciáveis.

Arnoldo Wald expõe que:

> Dano é a lesão sofrida por uma pessoa no seu patrimônio ou na sua integridade física, constituindo, pois, uma lesão causada a um bem jurídico, que pode ser material ou imaterial. O dano moral é o causado a alguém num dos seus direitos de personalidade, sendo possível à cumulação da responsabilidade pelo dano material e pelo dano moral. (WALD, A. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 407).

In casu, salienta-se, novamente, que a Cemig responsabilizou-se por efetuar o serviço até 27/10/2015, porém não cumpriu o acordado, disponibilizando-o apenas em 19/9/2016, quase um ano depois da data programada.

Dessa feita, considerando que a prestação de serviço da Cemig Distribuição S/A será adequada se realizada, entre outras coisas, com regularidade, continuidade e eficiência, o que não ocorreu no presente caso, impõe-se reconhecer a existência do alegado dano.

Salienta-se que a demora no fornecimento de energia elétrica por prazo prologando que, no presente caso, foi de um ano, deixa a esfera do dissabor e passa gerar no consumidor angústia, constrangimento, abalos e transtornos diante da privação de receber serviço público essencial.

Nesse sentido já manifestou o TJMG:

> Apelação. Indenização por danos morais. Ligação de energia elétrica em imóvel rural. Serviço essencial. Prazo para a instalação inobservado pela concessionária. Indenização devida. Patente inadimplemento da obrigação confessada. Demorado cerceamento do acesso a serviço essencial. Condenação imposta. Quantificação. Recurso provido. 1. Constatado nos autos o descumprimento injustificado da obrigação contratada pelo usuário, referente à instalação de energia elétrica em imóvel rural, há de ser reconhecido o dano moral passível de indenização, visto que indevidamente cerceado por considerável lapso temporal o acesso a serviço essencial. 2. Recurso conhecido e provido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0521.17.007515-9/001, Rel. Des. Corrêa Junior, 6ª Câmara Cível, j. em 26/02/2019, p. em 8/3/2019).

> Apelação cível. Indenização por danos morais. Cemig. Imóvel rural. Ausência de instalação de rede elétrica. Inobservância do prazo previsto. Configuração do dano moral. A concessionária de serviço público deve cumprir integralmente com as obrigações assumidas perante aos consumidores. - Demonstrando o autor o descumprimento do avençado e tendo o autor ficado sem energia elétrica em sua propriedade rural por mais de 06 meses além do prazo previsto para a instalação, caracterizada está a ocorrência de agressão de ordem moral por parte da Cemig, mostrando-se devida a condenação em indenização por danos morais. Recurso conhecido e não provido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0520.15.001640-7/001, Rel. Des. Gilson Soares Lemes, 8ª Câmara Cível, j. em 18/10/2018, p. em 12/11/2018).

> Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c como pedido de indenização. Fornecimento de energia elétrica. Danos morais. - A Lei Federal nº 10.438/2002 impõe às concessionárias a responsabilidade pelas novas ligações e o cumprimento das metas de universalização do uso de energia elétrica (art. 14), não podendo a Cemig se esquivar do atendimento das disposições legais e regulamentares que disciplinam

> o setor. - O prolongado período de três anos sem energia elétrica deixa o campo do mero dissabor para atingir a esfera da honra do indivíduo, privado por tão longo período de um serviço essencial à vida cotidiana. - Recurso conhecido e parcialmente provido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0414.17.002273-8/002, Rel.ª Des.ª Albergaria Costa, 3ª Câmara Cível, j. em 20/9/2018, p. em 2/10/2018).

> Civil. Ação de indenização. Programa "luz para todos". Solicitação de ligação da rede de energia elétrica em imóvel rural. Extrapolação do prazo fixado pela própria concessionária. Atraso injustificado. Danos morais configurados. Critério de fixação. Recurso provido. 1. Diante do grande lapso temporal transcorrido entre a solicitação e a efetiva ligação do sistema de fornecimento de energia elétrica no imóvel rural de propriedade da parte autora, que ficou privada desse bem essencial por conduta atribuída única e exclusivamente à ré, cabível a reparação por danos morais. 2. Para a fixação dos danos morais deve-se levar em conta as condições econômicas das partes, as circunstâncias em que ocorreu o fato, a intensidade do sofrimento da vítima, o grau de culpa do ofensor, o caráter repressivo e pedagógico da reparação (TJMG - Apelação Cível nº 1.0309.16.002259-1/002, Rel. Des. Edilson Olímpio Fernandes, 6ª Câmara Cível, j. em 14/8/2018, p. em 24/8/2018)".

Com relação ao nexo de causalidade, destaca-se a possibilidade de inexistência de responsabilidade por parte da Cemig quando restar demonstrado que não deu causa ao dano, ou seja, quando configurada a existência de um das causas excludentes da responsabilidade, quais sejam a força maior e a culpa exclusiva da vítima.

Destacam-se as palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

> Força maior é o acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração.
>
> Já na hipótese de caso fortuito, em que o dano seja decorrente de ato humano, de falha da administração, não ocorre a mesma exclusão; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 624/625).

In casu, alega a Cemig Distribuição S/A que, após levantamento de campo e diligências junto à prefeitura local para elaboração do projeto de extensão de rede, foi constatado que a propriedade de Claudiane de Oliveira Lopes, primeira apelante, encontrava-se localizada em um chacreamento constituído por meio do parcelamento irregular do solo, o que, por força do Termo de Compromisso firmado com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (f. 33/34), impedia a realização do serviço solicitado.

Primeiramente, cabe destacar que a concessionária não apresentou nenhuma prova que corrobore a afirmação, tendo a autora juntado aos autos às f. 53/58 documentos capazes de desconstituí-la.

As certidões de f. 53/54, expedidas pela Prefeitura Municipal de Brasília de Minas, informam:

> Certifico, nos termos da Lei n° 169/53 de 22 de outubro de 1953, que institui o Código de Obras do Município, e Lei n°. 605/1972 que aprova o loteamento e denomina o Bairro Botelho na sede deste Município, que a Rua que se faz fundos com o estádio Municipal no referido Bairro, recebeu a denominação de Rua D. (f. 53)

> Certifico, nos termos da Lei nº 169/53 de 22 de outubro de 1953, que institui o Código de Obras do Município, que em consulta ao cadastro imobiliário Municipal e vistoria `*in loco*, ficou constatado que o imóvel de Propriedade da Sra. Claudiene Lopes de Souza, portadora do CPF: nº. 084.547.9696-33, está localizado na Rua D nº. 123 no Bairro Botelho na sede deste Município. Consta em nossos registros que a citada Rua D foi aberta quando do início da construção do estádio Municipal, e sua inauguração se realizou na data de 26 de julho de 1988 (f. 54).

Da análise das certidões supracitadas, verifica-se que o imóvel da autora, primeira apelante, está localizado na Rua D, nº 123, no bairro Botelho, cujo loteamento foi aprovado pela Lei Municipal nº 605/1972, com abertura da rua em 1988, demonstrando que as alegações da concessionária, quanto ao chacreamento, não condizem com a realidade.

Destaca-se que causa estranheza a alegação da Cemig Distribuição S/A de que obteve a referida informação de existência de parcelamento irregular do solo após levantamento de campo e diligências junto à prefeitura.

Ademais, verifica-se que, após a apresentação dos documentos de f. 53/58, a concessionária compareceu aos autos informando a realização do serviço de instalação solicitado.

Por fim, salienta-se que a concessionária informou na correspondência emitida 5/5/2015 (f. 12) que já havia concluído os estudos necessários para viabilizar a realização dos serviços, conforme solicitação, indicando, inclusive, data para atendimento da demanda, qual seja, 27/10/2015.

Dessa feita, não se vislumbra no presente causo a presença de qualquer causa excludente de responsabilidade.

Portanto, comprovada a existência do ato ilícito, do dano e do nexo de causalidade, impõe-se à Cemig Distribuição S/A o dever de indenizar, não cabendo falar em mero aborrecimento ou insatisfação.

Diante do dever de indenizar, cabe, nesse momento, analisar o valor a ser pago a título de dano moral.

É cediço que, para a sua fixação, deve-se levar em consideração a necessidade de minimizar o sofrimento daquele que sofreu o dano e de punir o ofensor com o objetivo de que o fato não se repita. Ademais, o valor da indenização não pode ser ínfimo a ponto de humilhar o ofendido e nem exorbitante a ponto de configurar enriquecimento sem causa.

Portanto, conforme a doutrina e a jurisprudência, o valor do dano moral a ser fixado deve ter correspondência com a gravidade objetiva da lesão e o seu efeito lesivo, acrescendo, ainda, as reais condições econômicas das partes.

Nesse sentido:

> Indenização por danos morais. Critérios para fixação do valor. - A reparação justa do dano moral é matéria das mais complexas e de difícil quantificação, devendo o julgador se pautar em dois vértices, o primeiro pedagógico, a fim de que o agressor não reitere a prática e o segundo satisfativo, para minimizar o sofrimento da vítima (TJMG - RO nº 0001544612010502046 4/SP - Relatora Des.ª Rosana de Almeida Buono - *DJ* de 19/8/2014).

In casu, verifica-se que o valor atribuído na sentença encontra-se razoável com o dano sofrido, não configurando o alegado enriquecimento sem causa, motivo pelo qual deve ser mantido.

Quanto aos consectários legais ressalta-se que a correção monetária deverá incidir sobre o valor da indenização segundo os índices da CGJMG, a partir da publicação da sentença, nos termos do enunciado 362 da Súmula do STJ, e os juros de mora de 1% ao mês, desde a citação.

Do recurso adesivo interposto por Claudiane de Oliveira Lopes.

A apelante adesiva pleiteia a majoração do valor da indenização fixada a título de danos morais.

Entretanto, quando da análise do recurso de apelação interposto pela Cemig Distribuição S/A, a matéria referente ao valor fixado na sentença pelo MM. Juiz primevo foi devidamente analisado, restando o presente recurso adesivo prejudicado neste ponto.

Quanto aos honorários sucumbenciais, dispõe o art. 85, § 2º do CPC/2015 que eles serão fixados entre o mínimo de 10 por cento 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 da causa.

> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
>
> § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.
>
> § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:
>
> I - o grau de zelo do profissional;
>
> II - o lugar de prestação do serviço;
>
> III - a natureza e a importância da causa;
>
> IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

No caso em questão, verifica-se ser a sentença proferida líquida, podendo ser aferido o real valor da condenação.

Ressalta-se que, considerando que a sentença foi proferida sob a égide do CPC/2015, devem ser observados os parâmetros estabelecidos no art. 85, § 2° do CPC, devendo o arbitramento ser realizado de acordo com o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para sua realização.

No caso em questão, os honorários advocatícios foram fixados em R$800,00 (oitocentos reais), o que, percentualmente, significa 16% (dezesseis por cento) do valor da condenação.

Dessa feita, considerando a complexidade da demanda, a natureza e importância da causa, a razoável duração do processo e o trabalho realizado pelo advogado, verifica-se que os honorários foram fixados em patamar suficiente para remunerar dignamente o trabalho realizado nos autos.

Assim, diante do exposto, nego provimento a ambos os recursos.

Condeno ambas as partes ao pagamento das custas processuais, bem como majoro os honorários sucumbenciais fixados em favor do procurador da autora em 2% (dois por cento), nos termos do artigo 85,

§11 do CPC/15 e condeno a autora ao pagamento honorários recursais no percentual de 2% (dois por cento) do valor da condenação, conforme art. 85, § 1° do CPC/2015.

Suspendo a exigibilidade em relação a autora por litigar sob o pálio da gratuidade de justiça.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES CARLOS ROBERTO DE FARIA e FÁBIO TORRES DE SOUSA (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO).

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

• • •

Apelação cível. Ação de indenização. Notícia veiculada em jornal de circulação local. Imagem ilustrativa da matéria que atribui a prática de conduta desabonadora ao autor em horário de trabalho. Funcionário público do município. Ausência de comprovação da veracidade dos fatos. Direito de informar. Excesso. Ilícito configurado. Danos morais. Dever de indenizar. *Quantum*

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

- Deve ser responsabilizado civilmente aquele que publica matéria considerada difamadora do nome e imagem de alguém, agindo de forma negligente, descumprindo seu dever de zelo por deixar de verificar a veracidade dos fatos nela contidos.

- O transtorno causado àquele que teve sua reputação e postura profissionais questionadas em reportagem/matéria veiculada em jornal de circulação local, colocando-o em situação delicada perante toda a municipalidade por se tratar de funcionário público municipal, é suficiente para caracterização do dano moral, trazendo à vítima constrangimento, vergonha, e ofendendo sua imagem.

- A publicação de reportagem de cunho desonroso, sem provas de sua correlação com a realidade, dá ensejo à indenização pelos danos morais sofridos pelo ofendido, em valor suficiente e adequado para compensação dos prejuízos experimentados, desestimulando-se a prática reiterada da conduta lesiva, sem que isto, contudo, represente para a vítima uma fonte de enriquecimento sem causa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0301.12.000849-7/001 - Comarca de Igarapé - Apelante: Washington Robert Gontijo - Apelada: Ivanilda M.S. Alves - ME - Relator: DES. JOÃO CANCIO.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 10 de junho de 2019 - *João Cancio* - Relator.

Voto

DES. JOÃO CANCIO - Trata-se de recurso de Apelação Cível, interposto por Washington Robert Gontijo, contra a r. sentença de f. 80/83v., proferida pela MM.ª Juíza de Direito da 2ª Vara Cível, da Infância e da Juventude e JEsp Criminal da Comarca de Igarapé, que, nos autos da ação indenizatória, ajuizada pelo ora recorrente em face de Ivanilda M.S. Alves - ME, julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando a

parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Em suas razões, de f. 86/92, alega o apelante, em suma, a necessidade de reforma da sentença recorrida, em total procedência dos pedidos iniciais, forte no argumento da prática de ato ilícito pela requerida, consistente na veiculação de notícias injuriosas sobre a pessoa do recorrente. Afirma ser parte hipossuficiente na lide, na condição de consumidor do periódico da requerida, pugnando, nesse sentido, pela inversão do ônus probatório, de molde a incumbir à ré a comprovação da verossimilhança dos fatos elencados nas reportagens veiculadas. Sustenta a falsidade das notícias, alegando que a reprodução da postagem de autoria do autor, na notícia intitulada *"Navegar na internet durante o serviço é tema polêmico"*, não traz a data e a hora da publicação, não havendo provas, portanto, de que o requerente utilizava a rede no horário de trabalho.

Requereu, ao final, o provimento do recurso para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Passo a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuidam os autos de ação indenizatória, ajuizada por Washington Robert Gontijo, em face de Ivanilda M.S. Alves - ME, por meio da qual pretende a condenação da pessoa jurídica ré, ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R$30.000,00 (trinta mil reais), por ter publicado em seu periódico notícias e fatos injuriosos sobre o requerente.

Para tanto, alega ser trabalhador da Prefeitura Municipal de Igarapé/MG, na seção de comunicação e propaganda, sendo responsável pela cobertura dos acontecimentos relevantes na cidade. Narra que, no dia 10/11/2011, foi documentar uma manifestação de professores municipais da cidade, quando um jornalista da requerida instigou os manifestantes a expulsá-lo, sob o fundamento de que trabalhava na prefeitura, tendo sido acusado de espionagem.

Sustenta ter entrado em contato com o jornal *Notícias Daqui*, o que gerou insatisfação no jornalista do periódico, que começou a perseguir o autor e a denegrir a sua imagem nas redes sociais, atentando contra sua carreira profissional, o que culminou na publicação de duas notícias, trazendo fatos inverídicos sobre a pessoa do autor, na edição nº 114 do periódico, de novembro de 2011. Uma delas, ao tratar do protesto dos professores municipais, possuía, no seu entender, claro objetivo de denegrir sua imagem profissional, trazendo uma série de mentiras a seu respeito. Já a outra notícia, intitulada *Navegar na internet durante o serviço é tema polêmico*, trazia um recorte de página da rede social *Facebook*, com a seguinte legenda: *Assessor de comunicação da prefeitura de Igarapé, xinga internautas no horário de trabalho pela rede social Facebook*, em afronta à dignidade pessoal e profissional do ora recorrente.

A requerida, em contestação de f. 51/57, alega ter agido dentro dos limites da liberdade de expressão ao cobrir as manifestações dos professores da rede municipal, sem qualquer excesso na reportagem publicada sobre o tema, afirmando, ademais, que jamais houve qualquer incitação por parte do jornalista do periódico da ré, no sentido de acirrar o ânimo entre os professores e o requerente. Sustenta não ter controle sobre uma

cobertura externa, de molde que eventuais excessos do jornalista não podem ser atribuídos à requerida. Quanto à reportagem sobre o uso das redes sociais, afirma que a intenção era orientar os leitores sobre o mau uso das redes em horário de trabalho, e que a postagem do jornalista teria sido usada como exemplo, sugerindo que este deveria *"evitar ativismo político no desempenho de suas funções"*.

A douta sentenciante julgou improcedentes os pedidos iniciais, sob o fundamento de que não se vislumbra, *in casu*, qualquer ofensa à honra e à imagem do requerente, alegando que a responsabilização civil só ocorrerá se a notícia for inverídica, o que não restou comprovado nos autos, inexistindo, portanto, nexo causal entre a conduta da ré e o suposto dano suportado pelo autor.

Inconformado, o autor recorre, nos termos já relatados.

Eis os limites da lide.

Cinge-se o objeto da ação a perquirir se a notícia, publicada em novembro de 2014, no periódico da ré, excedeu o objetivo de informar, ferindo a honra e imagem do autor, dando ensejo à reparação por danos morais.

Decerto que a Constituição da República consagra a liberdade de expressão na atividade de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX), vedando qualquer embaraço à plena liberdade de informação mediante censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220 § § 1º e 2º).

Entretanto, a Carta Magna contrapõe à liberdade de imprensa direitos de igual valor, consistentes na inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando direito de indenização pelos danos material e moral decorrentes de suas violações (art. 5º, V e X).

O conflito entre os princípios deve ser resolvido através da ponderação dos valores por eles estampados, dando-se preponderância àquele princípio que demonstre ser, no caso específico em análise, o de maior relevo, a justificar proteção mais intensa, sem, no entanto, desconsiderar-se, por completo, o outro princípio aparentemente em colisão.

Ao fazer a referida ponderação, tem-se que o núcleo axiológico da Constituição Federal, qual seja, a dignidade da pessoa humana, está melhor representado na proteção aos direitos da personalidade, devendo o fato ou situação a ser analisada ser investigada sob o enfoque da violação à honra e a imagem das pessoas.

Tem-se que a veiculação de informações ao público em geral deve se prender ao relato fiel dos fatos, sem excesso que possa causar dano à honra e à imagem de pessoa, física ou natural.

Deve ser assegurado o direito de uma parte divulgar o ocorrido, mas dentro dos limites necessários à não violação dos direitos da personalidade da outra, sendo certo que, em razão do maior peso relativo dos direitos da personalidade, aquele que dispõe da liberdade de imprensa, através da divulgação de informativos, deve ter maior cuidado, considerando que pode, através de sua atuação, provocar dano à honra e imagem de um cidadão.

Noutro giro, sabe-se que, para se falar no dever de indenizar, impõe-se a demonstração da ocorrência do ato ilícito, do nexo causal e do dano, conforme estatuído nos art. 927 e 186, do CC/2, cabendo frisar que, nos termos o art.187 do Códex Civil, "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".

Nessa esteira, tem-se que, para obter a reparação do dano, a vítima deve provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente em denegrir sua imagem, na matéria jornalística publicada, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil.

Especificamente sobre a responsabilidade na divulgação de matéria jornalística, vale colacionar os ensinamentos de Fabrício Zamprogna Matielo:

> Caso se esteja noticiando a verdade, sem a presença de *animus injuriandi vel difamandi* ou sem que se vislumbre a intenção de prejudicar, os meios de comunicação apenas estão exercendo o justo direito de informar. O mesmo acontecerá se o *animus*, o desígnio dos autores da veiculação é apenas o de narrar um fato do qual se teve notícia por fonte previamente indicada, quando então se transferirá para essa eventual responsabilidade civil. O direito de reparação por danos morais não pode servir de pretexto ao cerceamento do livre exercício dos atributos legais conferidos aos meios de comunicação escrita, falada ou televisada. (MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Dano Moral, Dano Material e Reparação*. 4ª. ed., Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 1998.)

Com efeito, para que uma matéria jornalística possa caracterizar ato ilícito, deve ficar configurado abuso no exercício do direito de informação, de forma a transmudar sua finalidade a ponto de ficar caracterizada como instrumento de calúnia, injúria ou difamação.

No caso, a primeira reportagem da edição nº 114/2011 que fez expressa menção ao nome do autor, intitulada *Professores Municipais de Igarapé ameaçam entrar em greve,* não contém, a meu sentir, excesso por parte da ré, que se limitou a narrar os fatos, inclusive as impressões dos manifestantes acerca da conduta do autor, que agia na condição de assessor de imprensa da prefeitura municipal. Confira-se:

> No dia da manifestação, que iniciou no centro da cidade e foi parar na porta da prefeitura um fato chamou a atenção dos professores, o assessor de imprensa da prefeitura, Washington Gontijo, homem de confiança de Kalu, desceu do prédio da prefeitura munido com uma máquina fotográfica e registrou manifestante por manifestante que ali se encontravam em frente à prefeitura. Os manifestantes não se intimidaram, mas acreditam que as fotos serão para perseguir servidores que manifestavam democraticamente, por seus direitos e só pediam para que Kalu cumprisse com sua promessa de campanha, valorizar e respeitar não só a categoria de professores, mas todos servidores municipais. Outro fato marcante foram as ameaças que o servidor teria feito ao repórter que acompanhava a manifestação dos servidores, Washington teria enfurecido quando foi flagrado fazendo fotos dos manifestantes, teria se dirigido de forma incoerente e ameaçadora ao repórter, falando se sabia quem era ele, e do que ele era capaz e que a reportagem não teria autorização para publicar fotos de sua pessoa. (f. 17).

Vale dizer que, na oportunidade em que o autor foi intimado para indicar as provas que pretendia produzir, pugnou pelo julgamento antecipado do feito, sem produzir, no entanto, qualquer prova de que os fatos narrados na aludida reportagem, em especial quanto às ameaças dirigidas ao repórter responsável pela matéria, afastaram-se da realidade.

O mesmo, entretanto, não ocorre com a reportagem *Navegar na internet durante o serviço é tema polêmico*, publicada na mesma edição do periódico. Conquanto a reportagem não mencione, em seu corpo um fato

específico, tratando, de maneira genérica, dos efeitos do uso da internet, em especial das redes sociais, no horário de trabalho, nota-se que foi trazida, como ilustração, cópia de publicação na rede social *Facebook* que teria sido feita pelo autor em horário de trabalho; no entanto, deixa de trazer dados mínimos que indiquem o dia e horário da postagem, expressamente questionados pelo autor.

Dessa forma, nos moldes em que divulgada, a ilustração da reportagem causou prejuízos à imagem do autor, na medida em que afirmou aos leitores que o mesmo, no exercício do cargo de assessor de comunicação da prefeitura de Igarapé, realizava publicações em redes sociais, no horário de trabalho, cujos efeitos negativos foram tratados no texto da reportagem, sem, no entanto, trazer elementos indicativos da data e horário em que o titular da página realizou a publicação em sua rede social, a permitir a aferição da pertinência do exemplo citado na aludida ilustração.

Em outras palavras, a ilustração da reportagem - que ocupa espaço significativo na página do periódico - , ao exemplificar a conduta negativa tratada na matéria com cópia da página do autor, atribui a ele a prática da conduta criticada, sem qualquer indício de que o exemplo, de fato, se aplicasse à questão abordada na matéria, excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social e configurando ofensa à moral.

Destarte não há como deixar de reconhecer que a ré, na qualidade de responsável pela veiculação do periódico, deixou de tomar as cautelas necessárias, para evitar que o jornal por ela administrado fosse utilizado como forma de difamar e lesionar terceiros.

É essencial que sejam adotadas medidas e providências para coibir práticas como a de que versam os autos, sobretudo quando se trata de notícia veiculada em meio de comunicação acessível a toda população da localidade em que o autor exerce sua atividade como servidor público municipal, tornando mais gravosa a sua utilização no intuito de prejudicar seu nome e imagem.

De acordo com os fatos narrados nos autos, entendo evidenciado, na conduta da ré, o ato ilícito subjetivo do qual se pode extrair o elemento culpa, capaz de gerar sua responsabilização pelos danos causados ao autor.

A ré, ao publicar matéria considerada difamadora em nome do autor, agiu de forma, no mínimo, negligente. Não cumpriu seu dever de zelo ao aceitar publicar sem cuidar de verificar e comprovar a veracidade dos fatos nela contidos.

Deve ser responsabilizado civilmente, e de uma maneira ampla, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, viole direito ou cause dano, ainda que exclusivamente moral.

A responsabilidade civil por ato ilícito assenta-se, pois, sobre a existência do comportamento culposo do agente como pressuposto da obrigação de indenizar.

Quanto ao tema, ensina-nos a doutrina Maria Helena Diniz:

> A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter-se apercebido do seu ato nem medido as suas consequências. (DINIZ, Maria Helena.*Curso de Direito Civil Brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 42.)

Nessa esteira, restando demonstrado que a ré, ao publicar a notícia, não adotou medidas eficazes para o controle da legalidade/idoneidade da matéria publicada e para a certificação da legitimidade dos fatos e acusações apontados contra o autor, tenho que está caracterizada sua responsabilidade.

Em casos semelhantes aos dos autos, assim já decidiu este Eg. Tribunal de Justiça:

> Ação de reparação por danos morais. Veiculação de notícia jornalística ofensiva à honra. Responsabilidade civil reconhecida. Abuso do direito de informar. A falta de cuidado da recorrente ao imputar em notícia por ela veiculada o crime de tráfico ao autor, apesar de já ter sido este absolvido definitivamente de tal acusação, bem como a forma depreciativa como este foi retratado, caracterizam lesão aos direitos de personalidade do apelado e decorrem da forma negligente como atuou a ré no exercício de seu mister, sendo que a imprensa tem o dever de relatar a verdade, com responsabilidade e objetividade, sob pena de configurar abuso da liberdade de imprensa. (AC N° 1.0105.03.095542-8/001 - Rel. Des. Arnaldo Maciel - 18ª Câmara Cível - Pub. 2/9/2011 - G.N.)

> Apelação. Ação de indenização por danos morais. Publicação difamatória em jornal impresso local. Responsabilidade subjetiva. Nexo causal não configurado. Alusão de que certa pessoa teria falecido de AIDS. Conjunto fático narrado não coincidente com as peculiaridades do suposto ofendido. Matéria genérica e imprecisa quanto ao sujeito da notícia. Dever de indenizar inexistente. - A veiculação de conteúdo na imprensa tem sua licitude pautada no interesse público acerca da informação, sendo subjetiva a responsabilidade dos meios de comunicação, seja por dolo ou culpa. - Não há dano moral indenizável quando a notícia jornalística capaz de ofender a dignidade de quem se fala bem como, reflexamente, de seus familiares, é genérica e imprecisa, portanto, impossível de possibilitar sua correta individualização, mormente quando os dados fáticos mencionados contradizem as circunstâncias atinentes à vida do suposto ofendido. (AC nº 1.0701.09.257926-0/001 - Rel.ª Des.ª Cláudia Maia - 13ª Câmara Cível - Pub. 31/1/2013 - G.N.)

Assim sendo, impõe-se a responsabilização da ré para responder pelos danos experimentados pelo apelado.

Quanto aos danos imateriais sofridos pelo autor, em virtude da publicação em questão, a meu ver, estes são incontroversos, haja vista o caráter desabonador do conteúdo da matéria, passível de causar abalo de sua imagem perante toda a municipalidade, haja vista a citada condição de servidor público municipal.

Tenho que os transtornos sofridos pelo autor, em decorrência da situação criada por negligência da ré, foram além de mero dissabor, tendo sido capazes de atingir os valores morais tutelados pelo art. 5º, X, da Constituição da República, impondo-se a compensação pela lesão causada.

Permitindo a publicação de matéria, contendo informações não comprovadas sobre o autor, e cujo conteúdo é manifestamente desabonador da sua moral, restou configurado o ato ilícito e a sua culpa, bem como o nexo causal, impondo-se o dever de indenizar.

Na lição de Yussef Said Cahali, o dano moral pode ser conceituado como:

> a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral(honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza,

> saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc). (CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.)

É certo que aos julgadores impõe-se cuidado na análise de sua configuração, pois a meros aborrecimentos e insatisfações cotidianos, por se tratar de fatos corriqueiros e atinentes à vida em sociedade, não se deve atribuir indenização.

Diz a doutrina Carlos Roberto Gonçalves:

> Para evitar excessos e abusos, recomenda Sérgio Cavalieri, com razão que só se deve reputar como dano moral 'a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8ª ed., São Paulo: Editora Saraiva - G.N.)

No caso *sub judice*, tenho que o transtorno causado ao autor, servidor público municipal que teve sua reputação e postura profissional questionadas, na reportagem/matéria veiculada em jornal da ré, colocando-o em situação delicada perante toda a municipalidade, é suficiente para caracterização do dano moral, trazendo à vítima desconforto, constrangimento, vergonha, ofendendo sua imagem.

Tem-se que os transtornos sofridos pelo autor, em decorrência da situação criada por negligência da ré foram capazes de atingir os valores morais tutelados pelo art. 5º, X, da Constituição da República, impondo-se a compensação pela lesão causada.

Destarte, tendo a ré permitido a publicação, em seu periódico. contendo afirmações desabonadoras sobre o autor, cujo conteúdo é manifestamente ofensivo à sua moral, resta comprovado o ato ilícito e a sua culpa, bem como o nexo causal, configurado seu dever de indenizar.

Superada a questão concernente à obrigação de indenizar, passo à análise do *quantum* a ser fixado.

Cediço inexistirem parâmetros estabelecidos por lei para a quantificação do dano moral, situação que levou a doutrina e jurisprudência a se manifestarem, no sentido de que a indenização deve ser fixada em valor suficiente a compensar o ofendido pelo prejuízo experimentado, sem gerar enriquecimento indevido, desestimulando, por outro lado, a reiteração da conduta pelo ofensor, o que exige do magistrado a observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

À falta de critérios objetivos, deve o juiz, ao fixar o valor da indenização, agir com prudência, atendendo às peculiaridades do caso sob julgamento e à repercussão econômica da condenação, de modo que não crie uma fonte de enriquecimento, nem menospreze os prejuízos sofridos pela vítima do ilícito.

Atento às especificidades do caso em comento, bem como aos parâmetros que vêm sendo adotados pelos tribunais pátrios, tenho que o valor de R$7.000,00 (sete mil reais) mostra-se adequado e suficiente à efetiva reparação do dano sofrido, sendo capaz de inibir a reiteração da conduta negligente por parte da ré, sem, contudo, promover o enriquecimento sem justa causa do autor.

No caso em comento, verifica-se que o dano causado não pode ser considerado extremo, haja vista inexistirem provas de que tenha o ofendido efetivamente sido prejudicado em seu meio de trabalho em razão da notícia/matéria veiculada pelo réu.

No tocante à correção monetária do *quantum* indenizatório, considerando que representa a recomposição do valor nominal da moeda ante a perda inflacionária decorrente do transcurso do tempo, deve ser computada a partir do arbitramento da indenização por danos morais, para que haja a recomposição do seu poder aquisitivo, já que o montante é estabelecido pelo julgador que leva em consideração o valor atual da moeda.

Nesse sentido é o entendimento já sumulado do C. Superior Tribunal de Justiça:

Súmula nº 362. A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento. (G.N.)

Por sua vez, os juros de mora na indenização por danos morais devem incidir desde a data do evento danoso, eis que se trata de responsabilidade extracontratual, como já sumulado pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

Súmula nº 54. Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

Com efeito, deve a sentença ser parcialmente reformada, para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R$7.000,00 (sete mil reais).

Conclusão.

Face ao exposto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO, para, reformando a sentença, julgar parcialmente procedentes os pedidos iniciais e condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R$7.000,00 (sete mil reais), corrigido monetariamente, a partir da publicação do acórdão, e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar do evento danoso.

Deve a ré suportar o pagamento das custas processuais e recursais, bem como dos honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, considerando o disposto na Súmula 326 do STJ.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VASCONCELOS LINS E ARNALDO MACIEL.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação - Ação anulatória de débito fiscal cumulada com repetição de indébito - Taxa de licença de localização e funcionamento - Inatividade da empresa no endereço indicado pelo fisco - Inexistência de efetivo exercício regular de polícia - Fato incontroverso - Procedência dos pedidos iniciais - Recurso provido parcialmente

- O não funcionamento de uma empresa é condição idônea a afastar a hipótese fática para a incidência da Taxa de Licença de Localização e Funcionamento, haja vista que as taxas de polícia pressupõem exercício regular e efetivo do poder de polícia.

- É fato incontroverso nos autos que a empresa autora não se encontrava ativa no endereço indicado pelo fisco municipal, no período correspondente à exigência das taxas de licença de localização e funcionamento cobradas pelo Município de Camanducaia, o que evidencia a não ocorrência do fato gerador do tributo. A ausência de registro do encerramento das atividades no local não obsta o reconhecimento da nulidade da cobrança em relação à recorrida.

- Tendo em vista que a empresa descumpriu o seu dever secundário (obrigação acessória) de informar ao Fisco a paralisação de suas atividades no local, e, com essa atitude, deu causa à exigência fiscal, provocando o ajuizamento do pedido, devem ser decotados os honorários advocatícios, que só podem ser deferidos a quem não dá causa ao ajuizamento da ação, pois isto implicaria premiar o ofensor (contra o ofendido).

- Recurso a que, com rejeição da preliminar, se dá parcial provimento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0878.18.000889-7/001 - Comarca de Camanducaia - Apelante: Município de Camanducaia - Apelada: Auto Viação Cambui Ltda. - RELATOR: DES. WANDER MAROTTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2019 - *Wander Marotta* - Relator.

Voto

DES. WANDER MAROTTA - Trata-se de apelação interposta pelo Município de Camanducaia contra a r. sentença de fls. 188/190-v, que, nos autos de ação anulatória de débito fiscal que lhe move Auto Viação Cambuí Ltda., julgou procedentes os pedidos iniciais para: a) confirmar os efeitos da liminar concedida às f. 56, anulando o lançamento dos tributos referente aos anos de 2015 e 2018 (TLLF - Taxa de Localização e Funcionamento), cancelando-se os débitos fiscais; b) determinar a restituição dos valores indevidamente recolhidos pelo réu, referente à TLLF (Taxa de Localização e Funcionamento) e suas obrigações acessórias, devidamente atualizados, como requerido pela empresa autora, referente as anos de 2014, 2016 e 2017; c)

condenar o requerido ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, isento das custas processuais.

Nas razões recusais, sustenta o recorrente que, conforme o Supremo Tribunal Federal entendeu no julgamento do RE 588.322, cuja repercussão geral foi reconhecida, o simples fato de existir um órgão estruturado e em efetivo funcionamento caracteriza o exercício regular do poder de polícia, viabilizando a exigência da taxa. Desse modo, defende ser desnecessário que o contribuinte tenha sofrido, concretamente, a fiscalização, mostrando-se válida a taxa de polícia, ainda que o contribuinte tenha seus próprios meios de se policiar. No âmbito de sua administração municipal afirma que existe órgão estruturado, com fiscais da tributação à disposição do contribuinte, justificando a exação fiscal. Assevera que a apelada descumpriu a obrigação acessória prevista no art. 158, § 2°, da LC n° 174/1997 (Código Tributário Municipal), uma vez que deixou de informar a Fazenda Municipal acerca da sua mudança de endereço.

Esclarece que a taxa de localização e funcionamento (TLLF) possui como fato gerador o exercício de quaisquer atividades comerciais, industriais, de produção ou prestação de serviços, quando praticados por qualquer pessoa física ou jurídica no território municipal. Salienta que a recorrida presta serviço de transporte rodoviário de passageiros, com estabelecimento fixo, em plena atividade, razão pela qual o fato de não estar estabelecida no endereço cadastral não descaracteriza a existência do fato gerador. Destaca que as Notas Fiscais de Serviços Eletrônica, emitidas mensalmente pela empresa no período de 2014 a 2018, comprovam a prestação do serviço de transporte de linhas municipais. Assevera, ainda, que as passagens emitidas apontam que a origem da viagem ocorre no Município de Camanducaia/MG.

Diante de tais fatos, pede a reforma da r. sentença, para julgar improcedentes os pedidos iniciais, condenando a autora ao pagamento de multa por litigância de má-fé, haja vista que ela utilizou falsas alegações para pleitear a anulação dos débitos tributários (f. 193/206).

Em contrarrazões, a apelada bate-se pelo não conhecimento do recurso, por ofensa ao princípio da dialeticidade (art. 1.010, III, do CPC), haja vista que não atacou os fundamentos que alicerçaram a sentença, apenas repetindo os argumentos da contestação. Caso não seja esse o entendimento adotado, pede a manutenção da r. sentença, visto que o fato gerador da cobrança da taxa não existe (f. 208/218).

É o relatório.

Preliminar.

Data venia, a preliminar suscitada pela apelada acerca do não conhecimento do recurso deve ser rejeitada.

A r. sentença recorrida julgou procedente o pedido inicial de anulação dos débitos tributários, considerando que o Município não comprovou a ocorrência do fato gerador para a cobrança das Taxas de Localização e Funcionamento. Confira-se:

"É certo que, para a cobrança da referida taxa, é necessário que o poder de polícia seja efetivo quanto a sua fiscalização.

Em entendimento jurisprudencial, a existência do órgão fiscalizatório não é condição para o reconhecimento da constitucionalidade da cobrança de taxas de localização e fiscalização, sendo, somente, um dos elementos para ser efetivo o exercício do poder de polícia, exigido constitucionalmente.

Assim, comprovado o encerramento da atividade, não há de se falar na incidência da Taxa de Fiscalização Localização e Funcionamento, ante a inocorrência do fato gerador.

No caso em tela, a municipalidade não trouxe nenhum argumento de que houve efetiva fiscalização, visto que a empresa está inativa há quatro anos. Ainda que a parte autora tenha descumprido seu dever em não ter informado ao Município sobre o fechamento da empresa, a Fazenda Pública descumpriu seu poder de fiscalizar o estabelecimento.

Deste modo, diante da inércia do poder fiscalizador, impõe-se reconhecer a ilegalidade da referida taxa, bem como de suas obrigações acessórias".

Além disso, legítima se mostra a procedência do pedido de restituição dos valores indevidamente recolhidos, referentes à TLLF e suas obrigações acessórias, devidamente atualizados, como requerido pela empresa autora.

3. Dispositivo.

Ante o exposto, resolvo integralmente o mérito e julgo procedentes os pedidos manejados pelo autor, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil para:

a) confirmar os efeitos da liminar de f. 56;

b) determinar que a Fazenda Pública do Município de Camanducaia/MG, para que ANULE o lançamento dos tributos, referentes aos anos de 2015 e 2018, CANCELANDO-SE, o débito fiscal;

c) restituir os valores indevidamente recolhidos, referente a TLLF e suas obrigações acessórias, devidamente atualizados, como requerido pela empresa autora, referentes aos anos de 2014, 2016 e 2017";

As razões recursais atacam exatamente os fundamentos da sentença na medida em que defende a ocorrência do fato gerador dos tributos cobrados, assinalando que a mera existência de um órgão estruturado e em efetivo funcionamento caracteriza o exercício regular do poder de polícia, viabilizando a exigência das taxas.

Observa-se, ainda, que o apelante adota argumentos para tentar combater o fundamento adotado pela sentença, no sentido de que a empresa estaria inativa há mais de quatro (4) anos.

Desse modo, extrai-se que o apelo cumpre o que determina o comando legal contido no art. 1.010, incisos II e III, do CPC, o que afasta a aplicação do art. 932, III, do CPC.

Posto isso, rejeito a preliminar e conheço do recurso, pois presentes os demais pressupostos de admissibilidade.

Mérito.

A presente ação foi ajuizada pela empresa Auto Viação Cambuí Ltda.. contra o Município de Camanducaia, com o objetivo de: a) declarar a nulidade dos lançamentos tributários de Taxa de Licença de Localização e Funcionamento (TLLF), relativos ao exercício de 2015 (valor de R$587,65) e exercício de 2018 (R$549,88), referentes ao seguinte endereço: Rua Tiradentes, n° 20, Centro, Camanducaia; b) repetição de indébito dos valores pagos a título da referida taxa nos exercícios de 2014 (R$427,26); 2015 (502,69); e 2017 (R$807,27).

Segundo consta da inicial a requerente não possui qualquer atividade no local descrito, referentes aos períodos da cobrança, de modo que inexiste fato gerador, evidenciando a ilegalidade dos débitos (f. 3/4).

É importante ressaltar que o MM. Juiz intimou o Município de Camanducaia para informar quais os serviços efetivamente prestados pela empresa autora que justificariam a cobrança das taxas (f. 42).

Em resposta o ente municipal alegou, genericamente, que a TLLF tem como fato gerador o exercício de quaisquer atividades comerciais, industriais, de produção ou prestação de serviços, no território municipal e de forma permanente, intermitente ou temporária, em estabelecimentos fixos ou não. Afirmou, ainda, que a cobrança se justificou no endereço informado, pois o contribuinte não cumpriu com a obrigação acessória de comunicar ao Fisco Municipal, dentro de 20 (vinte) dias, para fins de atualização cadastral, quaisquer ocorrência relativas ao seu estabelecimento.

Vê-se, portanto, que o Município não refuta a alegação de que a empresa não se localiza no endereço das cobranças, deixando claro que sequer sabe onde ocorreriam as suas atividades (f. 44/47).

Na contestação, tal fato fica ainda mais evidente, visto que o réu afirma que "o fato do autor não estar estabelecido no endereço inicialmente cadastrado, qual seja Rua Tiradentes, 20, não descaracteriza a existência do fato gerador, haja vista que, independente do endereço, o requerente continua prestando serviços no Município de Camanducaia" (f. 70).

Posta a situação fática dos autos, tem-se que a taxa é tributo que tem sua cobrança inteiramente submetida ao regime de direito público, e, nos termos do art. 145, inciso II, da CF, só pode ser exigida dos particulares em razão do exercício regular do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição (art. 145, II, da CF).

É como ensina Hugo de Brito Machado:

> [...] o que caracteriza, a remuneração de um serviço público como taxa, ou como preço público, é a compulsoriedade, para a taxa, e a facultatividade, para o preço, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal" (*Curso de Direito Tributário*, 8. ed., p. 330). Adverte, ainda, o autor: "em síntese, a distinção entre taxa e preço público reside na natureza do serviço que lhe serve de suporte para a instituição e a cobrança. E a natureza do serviço, do ponto de vista jurídico, depende do regime jurídico de sua prestação, vale dizer, define-se como serviço público aquele que é imposto ao cidadão. A obrigatoriedade do uso do serviço há de ser entendida em termos jurídicos, isto é, deve decorrer de prescrição jurídica. Não se considera obrigatório o uso de um serviço, portanto, se o cidadão tem alternativa para satisfação da necessidade respectiva, sem violação de nenhuma prescrição jurídica" (*Caderno de Pesquisa Tributárias*, p. 143).

Merece transcrição a lição de Eduardo Sabbag, em *Manual de Direito Tributário* (3. ed., 3ª tiragem, 2011, São PAULO: Saraiva:

> Como bem assevera Luciano Amaro, 'o fato gerador da taxa não é um fato do contribuinte, mas um fato do Estado. O Estado exerce determinada atividade e, por isso, cobra a taxa da pessoa a quem aproveita aquela atividade.

Por essa razão, diz-se que os tributos podem ser vinculados a uma atuação do Estado – taxas e contribuições de melhoria – e não vinculados – impostos.

Com efeito, "as taxas são tributos vinculados a uma contraprestação direta, e os impostos são tributos desvinculados de qualquer contraprestação".

No plano da competência tributária, por outro lado, a taxa deverá ser exigida pelas entidades ativas - União, Estados, Municípios e Distrito Federal - , em face da atuação a elas adstrita, não se admitindo a exigência em virtude de atividade de empresa privada.

Em outras palavras, "as taxas são espécie de exações, classificável pela sua hipótese de incidência, como tributos vinculados a atividades realizadas pelo Poder Público".

Havendo uma utilização potencial ou efetiva de serviços que sejam disponibilizados pela Prefeitura, a taxa é legal e sua instituição é legítima.

O festejado e saudoso Aliomar Baleeiro, ao tratar da teoria das taxas, lembra que "quem paga a taxa recebeu serviço ou vantagem: goza da segurança decorrente de ter o serviço à sua disposição, ou, enfim, provocou uma despesa do poder público" (*Introdução à Ciência das Finanças.* 14. ed. São Paulo: Forense, p. 229).

O poder público, como se sabe, coloca a disposição da comunidade serviços públicos não apenas em razão do seu uso efetivo, mas também pelo potencial da demanda. As questões da especificidade e da divisibilidade não exigem consonância matemática e/ou quantitativa.

O que há é uma estimativa de determinado gasto da Administração com o respectivo serviço, e esse total é cobrado da totalidade dos usuários, o que, no fim e ao cabo, resulta em que cada um paga pelo que utilizar.

É incontroversa, na hipótese, a inatividade da empresa no endereço do imóvel que gerou as cobranças, sendo evidente que não houve o exercício do poder de polícia relativa a Taxa de Licença de Localização e Funcionamento.

O não funcionamento de uma empresa afasta a incidência da referida taxa, haja vista que, nos termos do art. 77 do CTN, a taxa de polícia – como o é a espécie em exame – pressupõe o exercício regular do poder de polícia.

A propósito, confira-se a redação da Lei Complementar n° 174/1997 (Código Tributário do Município de Camanducaia):

> Art. 135. A Taxa de Licença para Localização, Instalação e Funcionamento tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia do Município mediante a realização de diligências, exames, vistorias e outros atos administrativos, relativamente a toda prática, no território no Município, de qualquer atividade comercial, industrial, de crédito, seguro, e capitalização, de empresas agropecuárias, de prestação de serviço de qualquer natureza, atividades profissionais, arte, ofício, ou função, exercida por pessoa física ou jurídica.
>
> Parágrafo único. É obrigatória a afixação de alvará de localização, instalação e funcionamento em local visível pelo público.
>
> Art. 136. O fato gerador da taxa considera-se ocorrido:
>
> I - na data de início da atividade, relativamente ao primeiro ano de exercício;
>
> II - no dia primeiro de janeiro de cada exercício, nos anos subsequentes;
>
> III - na data de alteração do endereço e /ou, quando for o caso, da atividade, em qualquer exercício.

A taxa acima descrita, então, possui como fato gerador o exercício do poder de polícia consubstanciado na fiscalização da atividade desenvolvida pelo estabelecimento comercial, bem como para verificar as condições de instalação e desenvolvimento das atividades. Estando inativa a atividade empresarial no endereço informado pelo fisco, não ocorre o fato gerador da taxa.

Este eg. Tribunal já se manifestou acerca da matéria em casos semelhantes:

> Apelação cível. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Taxa de fiscalização de localização e funcionamento. Fato gerador ocorrido após o encerramento da atividade empresarial. Ausência de baixa no cadastro municipal. Tributo vinculado. Inexistência da obrigação tributária. Extinção da execução. Sentença mantida. - Comprovado que a empresa executada à época do fato gerador do crédito tributário já havia encerrado a atividade empresarial, indevida a cobrança da taxa de fiscalização de localização e funcionamento pelo fisco municipal, em virtude da ausência de fato gerador (Apelação Cível nº 1.0079.10.027879-9/001, Rel. Des. Raimundo Messias Júnior, 2ª Câmara Cível, j. em 15/1/2013, p. em 25/1/2013).

> Processual civil. Tributário. Município de Contagem. Taxas de fiscalização e funcionamento, fiscalização sanitária e fiscalização de anúncios. Exceção de pré-executividade. Contribuinte. Encerramento das atividades antes da ocorrência dos fatos geradores. Desconstituição da presunção de exercício efetivo do poder de polícia. Extinção da execução fiscal. 1 - Como a empresa executada encerrou suas atividades antes da ocorrência dos fatos geradores das taxas de fiscalização e funcionamento, fiscalização sanitária e fiscalização de anúncios, não há falar em exercício efetivo do poder de polícia, donde indevida a exação. 2 - Recurso provido. (Agravo de Instrumento Cível nº 1.0079.10.031288-7/001, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, 8ª Câmara Cível, j. em 30/8/2012, p. em 11/09/2012).

> Taxa. Fiscalização e funcionamento de estabelecimento. Fato gerador. Inocorrência- filial. Extinção. - Ilegítima a cobrança da Taxa de Fiscalização e Funcionamento, se não houve o fato gerador, em virtude do encerramento das atividades da empresa, com arquivamento da alteração contratual nos respectivos registros dos órgãos competentes. Recurso a que se dá provimento (Apelação Cível nº 1.0024.04.447202-5/001, Rel. Des. Kildare Carvalho, 3ª Câmara Cível, j. em 17/11/2005, p. em 29/11/2005).

Relativamente ao pedido de condenação por litigância de má-fé – formulado pelo Município – penso não ser o caso de seu acatamento, pois não se demonstrou a existência de ato processual ilícito a gerar essa penalidade ou esse reconhecimento.

No entanto, tendo em vista que a empresa descumpriu o seu dever secundário – obrigação acessória – de informar ao Fisco a paralisação de suas atividades no local, tendo, com essa atitude, dado causa à exigência fiscal, provocando o ajuizamento do pedido, devem ser decotados os honorários advocatícios, que só podem ser deferidos a quem não dá causa ao ajuizamento da ação, pois isto implicaria premiar o ofensor (contra o ofendido).

Este Tribunal tem precedente neste sentido:

> Agravo de instrumento. Execução fiscal. Taxa de fiscalização de localização e funcionamento (TFLF) e taxa de fiscalização sanitária (TFS). Exceção de pré-executividade. Prova documental pré-constituída. Admissibilidade. Fato gerador não verificado. Inexistência do débito. Extinção da execução. Recurso provido. - O incidente de pré-executividade é admitido na excepcional hipótese em que o executado

> submete ao Magistrado, nos próprios autos da execução, independentemente de garantido o juízo, o conhecimento de determinadas circunstâncias prejudiciais à ação, tais como a falta de condições da ação e os pressupostos processuais, desde que não haja necessidade de dilação probatória. - Não há que se falar na incidência da TFLF e da TFS, relativas ao período compreendido entre 2005 e 2009, se há nos autos prova documental pré-constituída do encerramento das atividades da empresa em 2003, devidamente registrado e arquivado na Junta Comercial. A ausência de comunicação do encerramento da empresa ao Município não tem o condão de tornar devido o pagamento das taxas; no entanto, tendo dado causa ao ajuizamento da ação de execução, devem os executados suportar os encargos de sucumbência, apesar do acolhimento da exceção de pré-executividade (Agravo de Instrumento Cível nº 1.0079.10.031386-9/001, Rel. Des. Edilson Fernandes, 6ª Câmara Cível, j. em 28/2/2012, p. em 09/3/2012).

Ante o exposto, rejeito a preliminar e dou parcial provimento ao recurso para decotar da condenação a verba relativa a honorários advocatícios. Sem custas recursais pelo apelante, isento nos termos do art. 10, I, da Lei Estadual 14.939/2014.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CARLOS LEVENHAGEN e JOSÉ EUSTÁQUIO LUCAS PEREIRA (JUIZ CONVOCADO).

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelações cíveis. ação declaratória de inexistência de dívida c/c indenização por danos morais. saques e empréstimos realizados através de operações eletrônicas. tarjeta clonada. verificação. inexigibilidade das operações e ordem de restituição de montantes. cabimento. fraude de terceiro. responsabilidade civil do requerido e dano moral sofrido pela autora. constatação. valor da condenação. critérios de arbitramento

- Não havendo os fornecedores comprovado que as operações foram realizadas pela própria consumidora ou por terceiro por ela autorizado, os saques e empréstimos efetivados mostram-se indevidos, pelo que deve ser declarada a inexigibilidade das respectivas importâncias, também se impondo ao réu o dever de arcar com os danos vinculados à falha na prestação dos seus serviços.

- A pactuação realizada por fraudador guarda estrita relação com a própria atividade das sociedades empresárias, não podendo ser considerada, em hipótese alguma, ato equiparado a fortuito externo.

- A subtração fraudulenta de valor em conta bancária e a inexistência da sua restituição voluntária pela instituição financeira, revelando a falta de zelo e de organização, bem como o desprezo aos direitos do cliente, inclusive quanto à sua honorabilidade e subsistência, configuram ilegalidades que atentam contra o Sistema de Proteção ao Consumidor, e são práticas deflagradoras de dano moral.

- O valor da reparação por lesão extrapatrimonial deve ser estabelecido de forma proporcional às circunstâncias do caso, com razoabilidade e moderação, e em atenção aos parâmetros adotados pelos tribunais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0083.14.000915-6/002 - Comarca de Borda da Mata - Apelante: Banco do Brasil S/A - Apelado: Maria Rezende dos Santos - Relator: DES. ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2019 - *Roberto Soares de Vasconcellos Paes* - Relator.

Voto

DES. ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES - Trata-se de apelação, interposta por Banco do Brasil S/A, em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz da Vara Única da Comarca de Borda da Mata, que, nos autos da ação ordinária movida por Maria Rezende dos Santos, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para: i) condenar o requerido ao pagamento de indenização por dano moral, no valor de R$3.000,00 (três mil reais), corrigida monetariamente pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento), a partir da data da publicação da sentença; ii) determinar o ressarcimento à autora da quantia de R$824,74 (oitocentos e vinte e quatro reais e setenta e quatro

centavos), corrigida monetariamente, desde a data do efetivo desembolso (março/2014), e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação; iii) proceder o réu ao cancelamento dos empréstimos realizados por terceiro estelionatário em nome da requerente, em caixa eletrônico, nos valores de R$500,00 (quinhentos reais), R$400,00 (quatrocentos reais) e R$300,00 (trezentos reais).

Ainda, imputou ao requerido as custas processuais e os honorários advocatícios, que fixou em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Em suas razões (f. 208/223), o requerido combateu a sua responsabilidade pelo evento danoso, sob a alegação de que, diante da fragilidade do cartão magnético e do código de acesso, foi a autora quem teria dado causa ao ilícito; discorreu sobre a excludente de ilicitude calcada na culpa exclusiva de terceiro, bem como sobre a impossibilidade de clonagem de cartões equipados com chip, de uso pessoal e intransferível; combateu o dano moral e, em eventualidade, pugnou pela redução do quantum indenizatório.

Contrarrazões às f. 228/233, em óbvia contrariedade.

É o relatório.

Decido:

Incialmente, conheço do recurso, uma vez que próprio, tempestivo (f. 208), regularmente processado e preparado (f. 224).

Extrai-se dos autos que Maria Rezende dos Santos moveu a presente ação em desfavor de Banco do Brasil S/A, visando à declaração de inexistência de três empréstimos feitos em seu nome por terceiro estelionatário, à restituição de valores indevidamente retirados da sua conta corrente em terminal eletrônico, bem como à condenação do requerido ao pagamento de indenização por dano moral.

Ao sentenciar o feito, ao fundamento de que remanesceu demonstrada nos autos a fraude alegada na exordial, o MM. Juiz reconheceu a irregularidade dos empréstimos e saques questionados, determinando a restituição dos valores correspondentes, além da condenação do requerido ao pagamento de indenização por dano moral, no valor de R$3.000,00 (três mil reais).

Em seu apelo, o demandado asseverou que a autora fez uso do cartão de sua titularidade, sendo legítimos os saques e empréstimos indicados na exordial. Destacou que o chip implementado na tarjeta do cartão da demandante inviabiliza a atuação de fraudadores. Ainda, discorreu sobre a excludente de ilicitude, calcada na culpa exclusiva de terceiro, sob a alegação de que também teria sido vítima do crime de estelionato.

No caso, se aplica o Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de relação de consumo, ainda que por equiparação, em cuja hipótese a responsabilidade civil da parte ré, fornecedora de serviço, é objetiva, não sendo necessária a análise da culpa para sua caracterização.

Segundo o art. 14, do CDC:

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.

Sobre o tema, Carlos Roberto Gonçalves leciona:

> 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. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 21/22).

Não se pode olvidar que o CDC elenca como direito básico a prevenção ou reparação de danos materiais e morais sofridos pelo consumidor:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> [...]
>
> VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
>
> VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

Aliás, o inciso XXXII, do art. 5º, da Constituição Federal, determina que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

É fato incontroverso nos autos que a autora é cliente do réu, sendo titular de conta corrente. Contudo, como relatado, a postulante afirmou exordialmente que não realizou os empréstimos e os saques impugnados na petição inicial.

Diante dessa circunstância, cabia ao demandado o encargo de evidenciar as operações em questão. Isso porque não se poderia exigir da requerente a demonstração da inexistência do vínculo a lastrear os débitos impugnados, por se tratar de prova negativa, que também é conceituada como impossível, cuja verificação determina a observância do princípio da carga dinâmica, o qual informa que o ônus cabe àquele que tem melhores condições de produzi-la, no caso, o réu.

Sobre o tema, confira-se a lição de Celso Agrícola Barbi:

> Com a ação declaratória negativa, verificou-se que nem sempre a autora afirma ter um direito, porque nela, pelo contrário, a autora não afirma direito algum, e apenas pretende que se declare a inexistência de um direito do réu. Assim, a distribuição do ônus da prova não pode ter como referência a posição processual de autor ou de réu, mas sim a natureza do fato jurídico colocado pela parte como base de sua alegação. Desse modo, na ação declaratória negativa da existência de um débito, a autora não tem o ônus de provar a inexistência do fato constitutivo do aludido débito. O réu, pretenso credor, é que deverá provar esse fato. À autora, nesse caso, incumbirá provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do

> mesmo débito, que porventura tenha alegado na inicial. (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., v. I, Tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 90).

Nesse sentido:

> Apelação cível. ação declaratória de inexistência de débito. ônus da prova. art. 373, ii, do cpc. inscrições indevidas em cadastro de proteção ao crédito. incumbe à parte ré, em se tratando de ação declaratória de inexistência de débito, comprovar a existência da relação jurídica da qual se originou o débito que ensejou inscrição do nome do suposto devedor em cadastros de restrição ao crédito, nos termos do art. 373, inciso ii, do cpc. (TJMG - Apelação Cível 1.0707.15.021480-7/001, Rel.ª Des.ª Mônica Libânio, 15ª Câmara Cível, j. em 22/9/2016, p. em 30/9/2016).
>
> Apelação cível. responsabilidade civil. Inclusão de nome em cadastro. Ausência de comprovação da celebração do negócio jurídico. Prova negativa. Ônus. Danos morais. Presunção. Montante. Minoração. Recurso parcialmente provido. i - Por ser negativo o fato controvertido na lide, cabia à ré comprovar a celebração de contrato com o autor, para legitimar a cobrança do débito e, via de consequência, a inclusão do nome deste nos cadastros restritivos de crédito. (TJMG - Apelação Cível 1.0145.13.008082-6/001, Rel. Des. Leite Praça, 17ª Câmara Cível, j. em 7/11/2013, p. em 19/11/2013).
>
> Apelação cível. Ação de indenização. Inscrição indevida nos cadastros de proteção ao crédito. Danos morais. Configuração. Não comprovação da existência de relação jurídica entre as partes. Súmula nº 385, do STJ. Inaplicabilidade. *Quantum*. Razoabilidade e proporcionalidade. Juros de mora. Termo *a quo*. Data do evento danoso. Ilícito extracontratual. Apelação principal parcialmente provida. Apelação adesiva, provida. [...] Se a autora nega a existência de relação jurídica, cabe à ré a comprovação do contrário, trazendo aos autos elementos probatórios que demonstrem ter a primeira celebrado contrato válido. Afinal, seria impossível à requerente comprovar que não contratou com a requerida, eis que se trata de prova de fato negativo, cuja impossibilidade de realização faz com que seja comumente chamada de "prova diabólica".
>
> Ausente tal prova, a cargo da ré, deve ser confirmada a sentença, no tópico em que declarou a inexistência do débito de responsabilidade do autor.
>
> A fixação da indenização por danos morais deve se pautar pelo princípio da razoabilidade, cabendo ao julgador observar, conjuntamente, a extensão da ofensa sofrida pela vítima, a condição financeira do ofensor, o grau de reprovação da conduta ilícita, as normas de experiência e o grau de sensibilidade do homem médio.
>
> Quanto aos juros moratórios, eles devem incidir sobre o valor da condenação, a partir da data da negativação, em observância do disposto na Súmula nº 54, STJ, pois se trata de ilícito extracontratual.
>
> Apelação principal parcialmente provida; apelação adesiva, provida. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.08.096040-4/001, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, 17ª Câmara Cível, j. em 10/10/2013, p. em 22/10/2013).

Na espécie, o requerido não se desincumbiu do seu encargo probatório.

Em sua contestação (f. 25/41) e nas razões do apelo (f. 208/223), o demandado asseverou que os valores impugnados pela autora decorrem do uso do cartão de sua titularidade, por ela ou por terceiro a quem concedeu autorização. Para tanto, alegou a segurança da tecnologia por ele utilizada, realçando que o *chip* implementado na tarjeta inviabiliza a atuação de fraudadores. Defendeu a legitimidade dos contratos de mútuo e dos saques de numerário, que teriam sido realizados diretamente nos terminais eletrônicos, com o uso de cartão e senha pessoal.

Não se pode perder de vista que, a despeito do investimento das instituições financeiras em segurança tecnológica, de maneira e evitar as transações indevidas, por terceiros não autorizados, também é manifesto, conforme as regras de experiência comum (art. 375, do CPC/2015), que as fraudes estão cada vez mais avançadas, não sendo possível afirmar a existência de um sistema totalmente inviolável.

Adiciono que, no caso, a autora foi enfática ao negar a efetivação dos empréstimos e saques indicados na exordial.

Relativamente às retiradas financeiras, o documento de f. 197, emitido pelo próprio réu, menciona que ocorreram em São Caetano do Sul, cidade que não corresponde ao domicílio da autora (Borda da Mata - f. 1 e 16) - e que ela alega não conhecer.

Ainda, as fotos reproduzidas às f. 107/108 e 110, que foram capturadas por ocasião dos saques, *ictu oculi*, não guardam similitude com a imagem feminina da autora (f. 11), circunstância que não foi esclarecida pela demandada e que se compatibiliza com o fato de a consumidora haver sido vítima de estelionato.

Quanto aos empréstimos de nº (s) 100351000133632 (CDC Emprest. Eletrônico), 100351000133633 (BB Crédito Benefício) e 100361000161456 (BB Consignação em Folha), o demandando, ora apelante, reproduziu tão somente os extratos bancários da conta corrente da autora (f. 145/155), indicando a disponibilização dos montantes, mas, não, os instrumentos jurídicos, suas especificidades e os dados fornecidos mediante senha por ocasião das supostas contratações.

Também, ao contrário do afirmado pelo apelante, não vejo delonga na contestação dos lançamentos, haja vista que os eventos se iniciaram em fevereiro de 2014 e a autora tomou providências junto à instituição financeira ré, em 11/4/2014, conforme requerimentos de f. 78/79.

Ao demais, o simples fato de a demandante não ter procedido à imediata impugnação dos empréstimos e saques não desconstitui suas pretensões, uma vez que o apelante não comprovou que as transações discutidas foram realizadas com a tarjeta bancária original (não clonada), pela própria demandante ou por outrem devidamente autorizado, ônus que lhe competia, nos termos do art. 14, § 3º, do CDC.

Como dito, o que se verifica é que os negócios jurídicos questionados foram praticados por fraudador, por meio de cartão clonado, situação essa, entretanto, que não isenta o requerido de responsabilidade.

A hodierna Jurisprudência do col.. STJ pacificou o entendimento no sentido de que a contratação por falsário guarda estrita relação com a própria atividade das sociedades empresárias, não podendo ser considerada, em hipótese alguma, ato equiparado a fortuito externo.

Permito-me, a propósito, transcrever o seguinte excerto do voto da lavra do Minº Luis Felipe Salomão, no julgamento do REsp n. 1.197.929/PR, de sua relatoria:

> [...] por qualquer ângulo que se analise a questão, tratando-se de consumidor direto ou por equiparação, a responsabilidade da instituição financeira por fraudes praticadas por terceiros, das quais resultam danos aos consumidores, é objetiva e somente pode ser afastada pelas excludentes previstas no CDC, como, por exemplo, "culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros".
>
> As instituições bancárias, em situações como a abertura de conta corrente por falsários, clonagem de cartão de crédito, roubo de cofre de segurança ou violação de sistema de computador por *crackers*, no

> mais das vezes, aduzem a excludente da culpa exclusiva de terceiros, sobretudo quando as fraudes praticadas são reconhecidamente sofisticadas.
>
> Ocorre que a culpa exclusiva de terceiros apta a elidir a responsabilidade objetiva do fornecedor é espécie do gênero fortuito externo, assim entendido aquele fato que não guarda relação de causalidade com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao produto ou serviço. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 185).
>
> É a "causa estranha" a que faz alusão o art. 1.382 do Código Civil Francês. (*Apud*. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 926).
>
> É o fato que, por ser inevitável e irresistível, gera uma impossibilidade absoluta de não ocorrência do dano, ou o que, segundo Caio Mário da Silva Pereira, "aconteceu de tal modo que as suas consequências danosas não puderam ser evitadas pelo agente, e destarte ocorreram necessariamente. Por tal razão, excluem-se como excludentes de responsabilidade os fatos que foram iniciados ou agravados pelo agente". (*Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 305).
>
> [...]
>
> Cremos que a distinção entre fortuito interno e externo é totalmente pertinente no que respeita aos acidentes de consumo. O fortuito interno, assim entendido o fato imprevisível e, por isso, inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço, não exclui a responsabilidade do fornecedor porque faz parte de sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço. Vale dizer, se o defeito ocorreu antes da introdução do produto no mercado de consumo ou durante a prestação do serviço, não importa saber o motivo que determinou o defeito, o fornecedor é sempre responsável por suas consequências, ainda que decorrente de fato imprevisível e inevitável.

O mesmo já não ocorre com o fortuito externo, assim entendido aquele fato que não guarda nenhuma relação com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao produto ou serviço, via de regra, ocorrido em momento posterior ao da sua fabricação ou formulação. Em caso tal, nem se pode falar em defeito do produto ou do serviço, o que, a rigor, já estaria abrangido pela primeira excludente examinada - inexistência de defeito (art. 14, § 3º, I). (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 256/257).

Mais adiante, no mesmo julgado, o Ministro Relator consigna que, para a configuração de fortuito externo - capaz de excluir a responsabilidade do fornecedor de "produtos" - a atuação do terceiro, além de inevitável, deve ser também imprevisível. Confira-se:

> Na mesma linha vem entendendo a jurisprudência desta Corte, dando conta de que a ocorrência de fraudes ou delitos contra o sistema bancário, dos quais resultam danos a terceiros ou a correntistas, insere-se na categoria doutrinária de fortuito interno, porquanto fazem parte do próprio risco do empreendimento e, por isso mesmo, previsíveis e, no mais das vezes, evitáveis.
>
> Por exemplo, em um caso envolvendo roubo de talões de cheque, a Ministra Nancy Andrighi, apoiada na doutrina do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, assim se manifestou:
>
> 'Não basta, portanto, que o fato de terceiro seja inevitável para excluir a responsabilidade do fornecedor, é indispensável que seja também imprevisível. Nesse sentido, é notório o fato de que furtos e roubos de

> talões de cheques passaram a ser prática corriqueira nos dias atuais. Assim, a instituição financeira, ao desempenhar suas atividades, tem ciência dos riscos da guarda e do transporte dos talões de cheques de clientes, havendo previsibilidade quanto à possibilidade de ocorrência de furtos e roubos de malotes do banco; em que pese haver imprevisibilidade em relação a qual (ou quais) malote será roubado.'
>
> [...]
>
> Em casos como o dos autos, o serviço bancário é evidentemente defeituoso, porquanto é aberta conta corrente em nome de quem verdadeiramente não requereu o serviço (art. 39, inciso III, do CDC) e, em razão disso, teve o nome negativado.
>
> Tal fato do serviço não se altera a depender da sofisticação da fraude, se utilizados documentos falsificados ou verdadeiros, uma vez que o vício e o dano se fazem presentes em qualquer hipótese.
>
> Portanto, para efeitos do que prevê o art. 543-C do CPC, encaminho a seguinte tese:
>
> As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno.

Nesse contexto, ainda que a fraude contenha traços de inevitabilidade, tal fato não é hábil a afastar a responsabilidade da parte requerida, por estar diretamente relacionada com os riscos de sua atividade, mostrando-se previsível e constituindo, assim, fortuito interno.

Relevante destacar o teor da Súmula nº 479, do STJ:

Súmula nº 479 do STJ: As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

A Jurisprudência desta eg. Corte não destoa:

> Apelação cível. Ação de declaração de inexistência de débito c/c reparação de danos morais. Inscrição indevida nos cadastros de proteção ao crédito. Não comprovação da existência de relação jurídica entre as partes. Danos morais. Configuração. *Quantum*. Razoabilidade. Termo *a quo* dos juros de mora. Ilícito extracontratual. Data do evento danoso.
>
> [...]
>
> Cada vez são mais sofisticadas as fraudes praticadas, motivo pelo qual as sociedades empresárias têm a obrigação de, frequentemente, aperfeiçoar os meios de que dispõem para evitar a ação de criminosos. *In casu*, não obstante a fraude praticada contra a ré através de estelionatário, ainda assim, resta caracterizada a sua responsabilidade civil, em razão dos riscos do negócio, consubstanciando uma das hipóteses de fortuito interno.(TJMG - Apelação Cível 1.0024.14.169395-2/001, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, 17ª Câmara Cível, j. em 16/3/2016, p. em 29/3/2016).

Destarte, o acolhimento dos pedidos iniciais de declaração de inexistência dos mútuos e de restituição simples dos valores atinentes aos saques impugnados, que alcançaram o montante de R$824,74 (oitocentos e vinte e quatro reais e setenta e quatro centavos), deve ser mantido.

Nessa linha:

> Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito. Inscrição do nome da parte autora em cadastros de proteção ao crédito. Não há prova de relação jurídica entre as partes. Anotação irregular. Cobrança indevida. Declaração de inexistência. Cabimento. Dano moral. Ocorrência. Indenização devida. Juros de mora. Termo inicial. Relação extracontratual. (TJMG - Apelação Cível 1.0106.14.004674-4/001, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, 17ª Câmara Cível, j. em 21/2/2019, p. em 8/3/2019).

> Ddireito civil e processual civil. Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais. Tarifa para emissão de extrato bancário. Cobrança indevida demonstrada. Apuração dos valores a serem restituídos em procedimento de liquidação de sentença. Possibilidade.
>
> [...]
>
> - Demonstrada a ocorrência de cobranças indevidas, deve ser acolhida a pretensão de repetição do indébito, com a condenação do réu à restituição da quantia paga mediante produção de novas provas, com oportunidade do exercício do contraditório, em procedimento de liquidação de sentença.(TJMG - Apelação Cível 1.0000.18.017011-0/001, Rel. Des. Márcio Idalmo Santos Miranda, 9ª Câmara Cível, j. em 19/6/2018, p. em 25/6/2018).

No que concerne ao pedido de indenização por prejuízo extrapatrimonial, é certo que, para a caracterização da responsabilidade civil, são necessários a ocorrência do dano, o nexo de causalidade entre o fato e o dano e a culpa lato sensu.

Sobre a matéria, a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

> A teoria da responsabilidade civil assenta, em nosso direito codificado, em torno de que o dever de reparar é uma decorrência daqueles três elementos: antijuridicidade da conduta do agente; dano à pessoa ou coisa da vítima; relação de causalidade entre uma e outra. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Da responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 93).

No mesmo sentido, Rui Stoco leciona:

> Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência, ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato).
>
> Desse comportamento gera, para o autor, a responsabilidade civil, que traz, como consequência, a imputação do resultado à sua consciência, traduzindo-se, na prática, pela reparação do dano ocasionado, conseguida, normalmente, pela sujeição do patrimônio do agente, salvo quando possível a execução específica. Por outras palavras, é o ilícito figurando como fonte geradora de responsabilidade. (STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. 1999. p.63).

Não é menos exato que, a despeito da possibilidade de os prestadores de serviços buscarem a satisfação dos seus créditos, torna-se imprescindível que essa providência ocorra por meios adequados e que haja motivo real e apto a sustentá-la.

Caracterizaram ilícitos e acarretaram lesão anímica passível de reparação os atos praticados pelo apelante, consistentes nas cobranças e saques indevidos realizados na conta corrente da autora.

Não é menos exato que a instituição bancária, na condição de depositária de recursos financeiros dos correntistas, deve zelar pela regularidade das operações efetivadas nas contas respectivas, de modo a salvaguardá-las da prática de atos, como o da espécie discutida, bem como se responsabilizar, voluntariamente, pela recomposição do patrimônio lesado.

O dano decorre dos próprios fatos em que se funda o pedido, que, obviamente, além dos abalos material e psicológico, causados pela indevida subtração de recursos de natureza alimentar, provocaram à recorrida os sentimentos de impotência social, frustração e indignação.

Não se trata de mero dissabor da vida cotidiana, mas de prejuízo ao bem-estar da pessoa natural.

É reiterada a orientação no sentido de que:

Não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao art. 334 do Código de Processo Civil. (REsp. nº 86.271/SP, Rel. Minº Carlos Alberto Menezes Direito, p. em 9/12/1997).

Caio Mário da Silva Pereira adverte que "o fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos." (*Op. cit.*, p. 54).

A respeito da matéria, é oportuna a transcrição de elucidativo trecho de artigo publicado por Paulo Lôbo:

> A interação entre danos morais e direitos da personalidade é tão estreita que se deve indagar da possibilidade da existência daqueles fora do âmbito destes. Ambos sofreram a resistência de grande parte da doutrina em considerá-los objetos autônomos do direito. Ambos obtiveram reconhecimento expresso na Constituição brasileira de 1988, que os tratou em conjunto, principalmente no inciso X do artigo 5, que assim dispõe:
>
> X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
>
> [...]
>
> Os direitos da personalidade, nas vicissitudes por que passaram, sempre esbarraram na dificuldade de se encontrar um mecanismo viável de tutela jurídica, quando da ocorrência da lesão. Ante os fundamentos patrimonialistas que determinaram a concepção do direito subjetivo, nos dois últimos séculos, os direitos de personalidade restaram alheios à dogmática civilística. A recepção dos danos morais foi o elo que faltava, pois constituem a sanção adequada ao descumprimento do dever absoluto de abstenção.
>
> Do mesmo modo, os danos morais se ressentiam de parâmetros materiais seguros, para sua aplicação, propiciando a crítica mais dura que sempre receberam de serem deixados ao arbítrio judicial e à verificação de um fator psicológico de aferição problemática: a dor moral.
>
> [...]

> De modo mais amplo, os direitos de personalidade oferecem um conjunto de situações definidas pelo sistema jurídico, inatas à pessoa, cuja lesão faz incidir diretamente a pretensão aos danos morais, de modo objetivo e controlável, sem qualquer necessidade de recurso à existência da dor ou do prejuízo. A responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação (*damnu in re ipsa*); assim, verificada a lesão a direito da personalidade, surge a necessidade de reparação do dano moral, não sendo necessária a prova do prejuízo, bastando o nexo de causalidade. (*Danos morais e direitos da personalidade*. Teresina: Jus Navigandi. Ano 8, nº 119, 31 out. 2003. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/4445. Acesso em: 22 out. 2014).

Pontuo que, conforme a "Teoria da Pirâmide de Maslow", criada pelo mundialmente renomado psicólogo americano, Abraham Maslow, é essencial que os atores sociais (pessoas, grupos sociais, instituições, etc.) estejam permanentemente sensíveis e atentos à satisfação das necessidades humanas, por ser indispensável à saúde física e mental do indivíduo, concretizando o denominado "Ciclo Motivacional", que, quando não se realiza, gera infortúnios de ordens variadas.

Propositadamente:

> Maslow cita o comportamento motivacional, que é explicado pelas necessidades humanas. Entende-se que a motivação é o resultado dos estímulos que agem com força sobre os indivíduos, levando-os a ação. Para que haja ação ou reação é preciso que um estímulo seja implementado, seja decorrente de coisa externa ou proveniente do próprio organismo. Esta teoria nos dá ideia de um ciclo, o Ciclo Motivacional.
>
> Quando o Ciclo Motivacional não se realiza, sobrevém a frustração do indivíduo que poderá assumir várias atitudes:
>
> - Comportamento ilógico ou sem normalidade;
>
> - Agressividade por não poder dar vazão à insatisfação contida;
>
> - Nervosismo, insônia, distúrbios circulatórios/digestivos;
>
> - Falta de interesse pelas tarefas ou objetivos;
>
> - Passividade, moral baixo, má vontade, pessimismo, resistência às modificações, insegurança, não colaboração, etc.
>
> [...]
>
> Para ele, as necessidades dos seres humanos obedecem a uma hierarquia, ou seja, uma escala de valores a serem transpostos. Isto significa que no momento em que o indivíduo realiza uma necessidade, surge outra em seu lugar, exigindo sempre que as pessoas busquem meios para satisfazê-la. Poucas ou nenhuma pessoa procurará reconhecimento pessoal e status se suas necessidades básicas estiverem insatisfeitas.
>
> [...]
>
> De acordo com Maslow, as necessidades básicas constituem a sobrevivência do indivíduo e a preservação da espécie: alimentação, sono, repouso, abrigo, etc. As necessidades de segurança constituem a busca de

> proteção contra a ameaça ou privação, a fuga e o perigo. As necessidades sociais incluem a necessidade de associação, de participação, de aceitação por parte dos companheiros, de troca de amizade, de afeto e amor. As necessidades de auto estima envolvem a autoapreciação, a autoconfiança, a necessidade de aprovação social e de respeito, de status, prestígio e consideração, além de desejo de força e de adequação, de confiança perante o mundo, independência e autonomia. As necessidades de auto realização são as mais elevadas, de cada pessoa realizar o seu próprio potencial e de auto desenvolver-se continuamente. (Disponível em: http://www.portaldomarketing.com.br/Artigos/maslow.htm).

Como observado, a subtração fraudulenta de valor em conta bancária, que teve início em fevereiro de 2014, sem a devida restituição pela instituição financeira, revelando a falta de zelo e de organização, bem como o desprezo contínuo e duradouro aos direitos da apelada, inclusive quanto à sua honorabilidade e subsistência, retirou-lhe a tranquilidade cotidiana, com evidente frustração das necessidades humanas enfatizadas.

A orientação jurisprudencial:

> Embargos de declaração. recurso especial. instituição financeira. saques fraudulentos. omissão acerca da necessidade de produção de provas. não ocorrência. danos morais. jurisprudência firmada. ônus da sucumbência. autor vencedor na maior parte dos pedidos. embargos rejeitados.
>
> [...]
>
> 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é devida indenização por danos morais no caso de fraude bancária, como no caso em que, tendo sido efetuados saques em conta de cliente falecido, recusa-se a instituição financeira, procurada por diversas vezes, a repor o valor para fins de pagamento aos herdeiros e ao inventariante.
>
> 4. Conforme se verifica na inicial, o embargado fez três pedidos, tendo sido perdedor apenas no referente aos lucros cessantes, razão pela qual o ônus da sucumbência foi atribuído integralmente ao embargante.
>
> 5. Embargos de declaração rejeitados. (STJ - Edcl. no AgRg. no REsp. nº 1.378.791/RJ, Rel. Minº Raul Araújo, 4ª Turma, j. em 2/8/2016, DJe de 10/8/2016).
>
> Agravo regimental no recurso especial. Civil e processual civil. responsabilidade civil. Dano moral decorrente de transferência bancária mediante fraude de valores de conta-aplicação de correntistas idosos. Dano moral in re ipsa. Precedente julgado mediante o rito do art. 543-C do CPC. Arbitramento de valor razoável com o abalo sofrido. Agravo regimental desprovido. (AgRg. no REsp. nº 1.324.159/RJ, Rel. Minº Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. em 18/9/2014, DJe de 25/9/2014).
>
> Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Conta corrente. Saques. Fraude caracterizada. Falha na prestação dos serviços. Quantum indenizatório. Juros de mora. -
>
> As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias, nos termos da Súmula nº 479 do STJ. -
>
> O dever de indenizar pelo dano moral é manifesto, diante da indevida subtração patrimonial da consumidora, o que, acrescido à incerteza sobre a reparação do prejuízo, aflige seu estado anímico e psíquico

acima de um juízo médio de tolerância. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0210.16.008518-4/001, Rel. Des. José Arthur Filho, 9ª Câmara Cível, j. em 10/7/2018, p. em 24/7/2018).

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c reparação por danos morais. Saques indevidos na conta poupança. Fraude praticada por terceiro. Responsabilidade da instituição financeira verificada. Restituição dos valores descontados. Dano moral configurado. Valor indenizatório razoável. Restando evidente que os saques efetuados na conta da parte autora foram promovidos mediante fraude praticada por terceiro e não tendo a instituição financeira ré produzido provas para afastar tal conclusão, há que se reconhecer a irregularidade e ilicitude dos referidos saques e o consequente direito do poupador à restituição dos valores descontados indevidamente. Comprovados nos autos os imensos transtornos que os saques indevidos causaram à autora, pessoa que mantinha sua conta poupança há anos e viu a maior parte de seu saldo desaparecer, tendo que conviver, ainda, com a recusa da ré em restituí-la, incontestе os danos morais suportados pela consumidora. A indenização por danos morais deve ser arbitrada segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade, com observância das peculiaridades do caso e sempre tendo em vista os objetivos do instituto, quais sejam, compensar a vítima pelos prejuízos morais vivenciados, punir o agente pela conduta já adotada e inibi-lo na prática de novos ilícitos, critérios todos esses que, na hipótese em comento, revelam a impossibilidade de redução da indenização já estabelecida pelo Magistrado a quo. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0439.16.000912-2/002, Rel. Des. Arnaldo Maciel, 18ª Câmara Cível, j. em 7/2/2017, p. em 10/2/2017).

Apelação cível. Indenização por dano moral c/c repetição do indébito. Saques indevidos em conta bancária. Cheque avulso. Fraude praticada por terceiro. Responsabilidade objetiva. CDC. Fortuito interno. Risco do empreendimento. Dever de indenizar. Quantum. Critérios de fixação. 1. É cabível a condenação do fornecedor de produtos/serviços ao pagamento de indenização por dano moral e à repetição do indébito, oriundas de saques indevidos realizados por terceiro na conta bancária da parte autora, em ato fraudulento, através de cheques avulsos, revelando-se nítido o defeito na prestação dos serviços, consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, com a edição da Súmula nº 479. 2. A quantificação do dano moral deve obedecer aos princípios de moderação e razoabilidade, a fim de que o instituto não seja desvirtuado de seus reais objetivos, nem transformado em fonte de enriquecimento ilícito. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0417.13.000959-6/001, Rel. Des. Alberto Diniz Junior, 11ª Câmara Cível, j. em 16/3/2016, p. em 4/4/2016).

Quanto à fixação do montante da indenização moral, Maria Helena Diniz esclarece que, na avaliação do dano imaterial, o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Acrescenta que, na reparação do dano extrapatrimonial, 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. Salienta que a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória, não se podendo negar sua função: 1- penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor; e, 2- compensatória, sendo uma satisfação que atenue a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, diminuindo assim, em parte, seu sofrimento. Conclui que fácil é denotar que o dinheiro não terá na reparação do dano em tela uma função de equivalência própria do ressarcimento do dano patrimonial, mas um caráter, concomitantemente, satisfatório para a vítima e lesados, e punitivo para o lesante, sob uma perspectiva funcional (Entrevista publicada na *Revista Literária de Direito*, nº 9, Janeiro/Fevereiro de 1996, p. 7/14).

Apreende-se da doutrina de Caio Mário da Silva Pereira que, na reparação do dano moral, estão conjugados dois motivos ou duas concausas: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido "no fato" de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Da responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 317 e 318).

Carlos Alberto Bittar também ensina que, na fixação do *quantum* devido, a título de dano moral, deve o julgador atentar para: a) as condições das partes; b) a gravidade da lesão e sua repercussão; e c) as circunstâncias fáticas. Ressalta que lhe parece de bom alvitre analisar-se primeiro: a) a repercussão na esfera do lesado; depois, b) o potencial econômico-social do lesante; e c) as circunstâncias do caso, para finalmente se definir o valor da indenização, alcançando-se, assim, os resultados próprios: compensação a um e sancionamento a outro. (Reparação civil por danos morais: a fixação do valor da indenização, *Revista de Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, v. 147, set./out. 1994, p. 11).

É evidente que a indenização por dano moral não pode servir como fonte de enriquecimento do indenizado. Todavia, também não deve consubstanciar incentivo à permanente reincidência do responsável pela prática do ato ilícito.

Ainda, o art. 944, do CCB/2002, exige a observância do critério da proporção no arbitramento da indenização:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

No caso, a autora, cidadã integrada à sociedade onde vive, foi indevidamente exposta aos efeitos nocivos dos atos impugnados que afetaram, de forma inexorável, o seu patrimônio moral.

Importante consignar que, à época dos fatos, a autora contava com 76 (setenta e seis) anos de idade (f. 22), sendo pessoa idosa, o que torna a conduta do demandado ainda mais reprovável, por flagrante contrariedade ao sistema legal vigente e à proteção especial e prioritária à incolumidade, ao bem-estar e à dignidade do idoso (CF, art. 230).

Assim dispõe a Lei nº 10.741/2003 (*Estatuto do Idoso),* em seus art. 2º e 3º:

> Art. 2º. O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.
>
> Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Por sua vez, o apelante é uma instituição financeira que possui notória capacidade material para suportar a condenação, não se podendo olvidar a repercussão negativa causada por sua conduta ilícita e a natureza repressiva da indenização.

Reitero que as características da vítima, especialmente quanto à repercussão do ilícito em seu patrimônio de valores ideais, interferem diretamente na análise da extensão do dano extrapatrimonial, porquanto associadas aos outros elementos do processo, revelam o grau de violação do direito personalíssimo do lesado, uma vez que não há como desconsiderar que os critérios de direito podem se revestir de flexibilidade para dar a cada um o que lhe é devido.

Da mesma forma, o exame da condição econômica da parte lesante é imprescindível para a fixação da reparação pecuniária, de modo a tornar eficazes as suas funções punitiva e dissuasora.

Rizzatto Nunes assinala:

> Evidente que quanto mais poder econômico tiver o ofensor, menos ele sentirá o efeito da indenização que terá de pagar. E, claro, se for o contrário, isto é, se o ofensor não tiver poder econômico algum, o *quantum* indenizatório será até mesmo inexequível (o que não significa que não se deve fixá-lo).
>
> De modo que é importante lançar um olhar sobre a capacidade econômica do responsável pelo dano. Quanto mais poderoso ele for, mas se justifica a elevação da quantia a ser fixada. Sendo que o inverso é verdadeiro. (NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 314).

A observância das circunstâncias enunciadas não significa a adoção de mecanismo exclusivo de distinção, segundo o status econômico ou social dos litigantes, mas a consideração do binômio necessidade/possibilidade, de modo a que haja um equilíbrio na fixação do valor reparatório que sirva, a um só tempo, de compensação ao ofendido e de desestímulo ao ofensor.

Enfim, no arbitramento da indenização, devem ser considerados os fatores precipuamente utilizados pelos tribunais, com destaque para o col. Superior Tribunal de Justiça, consistentes na gravidade da violação ou extensão do dano, observada a repercussão do ato lesivo na esfera pessoal da vítima, na culpabilidade e na capacidade econômica do ofensor, nas funções de punição e desestímulo e na razoabilidade.

Por isso, o quantum indenizatório assegurado judicialmente não pode ser irrisório, sob pena de não cumprir a sua função compensatória, ou atenuante do ultraje experimentado pelo lesado.

Diante dessas peculiaridades, concluo que o importe fixado pelo MM. Juiz (R$3.000,00) não se mostrou excessivo. Ao contrário, encontra-se, até mesmo, abaixo dos parâmetros utilizados pelos tribunais em hipóteses símiles - R$15.000,00 (quinze mil reais). No entanto, não tendo havido interposição de recurso por parte da autora, objetivando a majoração da indenização por danos morais, deve ser mantido o quantum indenizatório estabelecido na sentença, sob pena de esta Corte incorrer em reformatio in pejus, o que é vedado pelo ordenamento pátrio.

A propósito:

> Ação indenizatória. Pedido fundamentado na realização de indevidos saques na conta bancária da autora. Alegação de subtração do cartão na agência do banco réu. Aplicação do cdc às instituições financeiras. Súmula nº 297 do STJ. Inversão do ônus da prova. Cabimento. Ausência de demonstração de que a utilização do cartão e a realização dos saques se deram pela autora. Responsabilidade objetiva. Incidência do parágrafo único do art. 927 do cc e da súmula nº 479 do STJ. Teoria do risco profissional. Falha do banco evidenciada. Incidência do art. 14 do CDC. Danos materiais e moral configurados valor de indenização fixado dentro dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade em r$ 15.000,00. Valor condi-

zente com o dano honorários advocatícios. Fixação em padrões moderados, considerados a extensão dos trabalhos e complexidade da matéria. Princípio da razoabilidade. Modificação do julgado. Percentual de 20% sobre o montante condenatório arbitrado. Aplicação dos §§ 2º e 11 do art. 85 do CPC/2015. Recurso do réu improvido. Recurso da autora provido. (TJSP - Apelação nº 1007252-43.2015.8.26.0606; Rel. Des. Miguel Petroni Neto, 16ª Câmara de Direito Privado, j. em 14/3/2017).

Ao impulso de tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a r. sentença.

Imponho ao apelante as custas recursais e, nos termos da norma contida no art. 85, § 11, do CPC/2015, majoro os honorários advocatícios para o percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da condenação, acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar do trânsito em julgado deste acórdão.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AMAURI PINTO FERREIRA e LUCIANO PINTO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível. Usucapião extraordinário. Imóvel público. Desnecessidade de registro no cartório de registro de imóveis. Improcedência

- Os imóveis públicos não precisa de registro para comprovação de sua titularidade.

- Os imóveis públicos não podem ser adquiridos por usucapião. Inteligência do art. 183, § 3º, da Constituição da República, e do art. 102, do Código Civil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0069.13.001054-4/001 - Comarca de Bicas - Apelantes: João Carlos Delecrode e Mauro José Delecrode - Apelado: Município de Guarará - 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, 30 de maio de 2019 - *Carlos Henrique Perpétuo Braga* - Relator.

Voto

DES. CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA - Apelação interposta por João Carlos Delecrode e Mauro José Delecrode, contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz Ricardo Domingos de Andrade, da Comarca de Bicas, que, nos autos da ação de usucapião extraordinária proposta pelos apelantes, decidiu a lide, nos termos seguintes:

> [...] Pelo exposto, não satisfeitos os requisitos para o reconhecimento da aquisição da propriedade por meio da usucapião, em nenhuma das suas formas, haja vista a ausência dos requisitos expressamente previstos em lei, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial e deixo de declarar o domínio dos requerentes sobre o imóvel descrito às (*SIC*) f. 14. Condeno os requerentes ao pagamento das custas processuais, suspendendo sua execução nos termos do art. 98, § 3º, do CPC. Considerando o teor da Certidão de f. 78, bem como o contido na Lei Municipal n 367/83 (f. 80) e, ainda, no Ofício de f. 84, determino a remessa dos autos à representante do Ministério Público para sua verificação de possível ato de improbidade administrativa por parte dos subscritores do ofício acima citado. P.R.I. (f. 102/105v.).

Os apelantes suscitaram necessidade de reforma da sentença, pois o imóvel não está registrado em nome do município.

Arguiram que o ente público nunca teve a posse do imóvel.

Apontaram que houve a comprovação da posse mansa e pacífica do terreno usucapiendo pelos recorrentes.

Pugnaram pelo provimento do recurso, para que fosse julgado procedente o pedido inicial (f. 108/114).

Preparo não recolhido, em razão da concessão da gratuidade judiciária.

Contrarrazões, infirmando a insurgência à f. 124/129.

Determinou-se a remessa de cópias dos autos ao Ministério Público, para apuração de eventual crime de responsabilidade (f. 133).

A Procuradoria-Geral de Justiça, por seu procurador, Geraldo de Faria Martins da Costa, opinou pelo desprovimento do recurso (f. 140/141).

Os autos vieram-me conclusos, em 24/4/2019.

É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de ação de usucapião extraordinária, em que os apelantes sustentam possuir, de forma mansa, pacífica e ininterrupta, por mais de 20 (vinte) anos, o terreno onde mantêm a Fábrica da Vassouras Imperial Ltda., localizada à Rua XXXXXXXXX XXXXXXXX, nº XXX, Bairro XXXXXX, Guarará/MG.

O MM. Juiz julgou improcedente o pedido.

A sentença deve ser mantida.

As provas apresentadas nos autos evidenciam que o imóvel é de propriedade do município, o que obsta a aquisição por usucapião.

De fato, os imóveis públicos não podem ser adquiridos por usucapião - art. 183, § 3º, da CR, e art. 102, do Código Civil.

A certidão de f. 62 comprovou que o imóvel não está registrado.

É cediço que o imóvel público não precisa de registro para comprovação de sua titularidade, bastando, para tanto, sua declaração por lei municipal.

Segundo lições de Flávio Tartuce:

> Existe, ainda, o conceito de *res nullius* que são aqueles bens ou coisas que não têm dono (coisas de ninguém). Por uma questão lógica, esses somente poderão ser bens móveis, pois os imóveis que não pertencem a qualquer pessoa são do Estado (terras devolutas). (TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. São Paulo: Método, 2012. p. 176).

Hely Lopes Meirelles, sobre o tema, ensina:

> A imprescritibilidade dos bens públicos decorre como consequência lógica de sua inalienabilidade originária. E é fácil demonstrar a assertiva: se os bens públicos são originariamente inalienáveis, segue-se que ninguém os pode adquirir enquanto guardarem essa condição. Daí não ser possível a invocação de usucapião sobre eles. É princípio jurídico, de aceitação universal, que não há direito contra Direito, ou, por outras palavras, não se adquire direito em desconformidade com o Direito. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 517).

A certidão de f. 78, emitida pelo departamento de cadastro da Prefeitura Municipal de Guarará, corrobora o fato de o imóvel pertencer ao município.

A Lei Municipal nº 367/83 (f. 80), de 13/5/1983, ao autorizar o prefeito a ceder o imóvel, a título gratuito, à fábrica de Vassouras, comprova que o imóvel pertencia ao município.

Nesse contexto, deve ser mantida a sentença que julgou improcedente a ação de usucapião.

Dispositivo.

Diante do exposto, e sempre inspirado no breve, encaminho a votação no sentido de NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Custas recursais pelos apelantes.

Deixo de aplicar o disposto no art. 85, § 11, do CPC, uma vez que a sentença não fixou honorários advocatícios de sucumbência, atraindo a orientação inserta no AgInt nos EDcl no REsp nº1357561/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, *Dje* de 19/4/2017.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WAGNER WILSON FERREIRA E BITENCOURT MARCONDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Direito constitucional - Direito ambiental - Direito processual civil - Apelação - Pedido genérico de reforma da sentença - Artigo 1.010, incisos II e III, do Código de Processo Civil - Descumprimento - Conhecimento parcial do recurso - Ação civil pública - Intervenção não autorizada em área de preservação permanente - Princípio do poluidor-pagador - Projeto de recuperação integral da área - Necessidade - Recurso desprovido

- Ante a ausência de cumprimento do disposto no artigo 1.010, incisos II e III, do Código de Processo Civil, em relação ao pedido genérico de reforma da sentença, formulado na apelação, impõe-se o conhecimento parcial do recurso.

- Em conformidade com o princípio do poluidor-pagador, previsto no art. 14, § 1º, da Lei federal 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, aquele que degrada o meio ambiente é obrigado, independentemente da existência de culpa, a reparar os danos ambientais, o que envolve a devida recuperação da área degradada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0472.12.001232-4/001 - Comarca de Paraguaçu - Apelantes: Joaquim Reis da Silva e Gilda Rozendo de Souza Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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 CONHECER PARCIALMENTE, E NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2019 - *Moreira Diniz* - Relator.

Voto

DES. MOREIRA DINIZ - Cuida-se de apelação contra sentença da MM. Juíza da Comarca de Paraguaçu, que julgou procedente a ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra Joaquim Reis da Silva e Gilda Rozendo de Souza Silva.

A sentença determinou que os réus

> (i) promovam a delimitação da área de reserva legal do imóvel constante da inicial por meio de averbação no Registro de Imóveis ou por registro no Cadastro Ambiental Rural de que trata a Lei nº 12.651/2012, devendo observar o percentual mínimo de 20% da área total do imóvel no prazo máximo de seis meses e a retirar toda e qualquer cultura, obra ou construção do local destinado à reserva legal, bem como obrigação de não fazer, compreendendo não realizar plantios, desmates, colocação de animais ou demais intervenções na área de reserva legal demarcada; (ii) promovam a recomposição da cobertura florestal

> da área da reserva legal e da área de preservação permanente, devendo no prazo de até trinta dias contados da averbação, apresentar projeto integral de recuperação da área de reserva legal e de toda área de preservação permanente, com as devidas aprovações dos órgãos competentes, executando o projeto no prazo máximo de doze meses a contar da averbação; e (iii) não recebam benefícios ou incentivos fiscais, bem como financiamento dos agentes financeiros estatais ou privados enquanto não cumprirem integralmente as determinações dos itens 'i' e 'ii' acima (f. 110).

Por fim, os réus foram condenados ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios fixados em R$2.000,00.

Os apelantes alegam que não promoveram "destocas de árvores nativas no imóvel em questão, sendo que tão somente promoveram o roçado em pastagens, cupins que estavam se proliferando e prejudicando a propriedade, sendo que tal limpeza em momento algum danificou a vegetação nativa, bem como cursos d'água, áreas ribeirinhas, etc." (f. 114/115); que o imóvel em questão é pequeno; que, pelas fotografias apresentadas pelo apelado, "vê-se que no solo estão amontoados apenas galhos finos de árvores, não existindo nenhum grande tronco ou raiz de árvore, não restando, portanto, comprovado qualquer tipo de desmatamento, razão pela qual em momento algum ocorreu qualquer tipo de dano ao meio ambiente" (fl. 115); e que não houve o comprometimento das nascentes da propriedade. Pugnam pelo provimento do recurso, "com a reforma total da decisão monocrática, isentando os apelantes de quaisquer responsabilidades e obrigações determinadas na decisão monocrática" (f. 116).

Recurso respondido (f. 118/123), com preliminar de não conhecimento, por ausência de impugnação específica dos fundamentos da sentença.

Há parecer Ministerial (f. 135/136), pelo desprovimento do recurso.

De início, observo que assiste parcial razão ao recorrido, na medida em que parte do recurso não pode ser conhecida.

Isso porque o artigo 1.010, incisos II e III, do atual Código de Processo Civil, dispõe que o recurso deve conter a exposição do fato e do direito, bem como as razões do pedido de reforma.

No caso, embora os apelantes tenham requerido, ao final do recurso, *"a reforma total da decisão monocrática, isentando os apelantes de quaisquer responsabilidades e obrigações determinadas na decisão monocrática"* (f. 116), estes se limitaram a apresentar fundamentos acerca da suposta inocorrência de dano ambiental em seu imóvel, argumentando que a retirada de vegetação se deu em razão da necessidade de limpeza do terreno.

Em relação à imposição, posta na sentença, de recomposição da cobertura florestal da Área de Preservação Permanente em questão, em razão do suposto dano ambiental gerado no imóvel, o que se verifica, portanto, é que os apelantes trouxeram argumentos de fato e de direito para se contrapor à sentença.

Todavia, não foram apresentados fundamentos para a reforma da sentença no tocante aos demais pontos, quais sejam as determinações relativas à área de Reserva Legal e a proibição de benefícios ou incentivos fiscais e financiamentos enquanto não cumpridas as obrigações ali estabelecidas.

Assim, ante a ausência de cumprimento do disposto no artigo 1.010, incisos II e III, do Código de Processo Civil, em relação ao pedido genérico de reforma da sentença, formulado na apelação, impõe-se o não conhecimento dessa parte do recurso.

Não conheço dessa parte da apelação.

Passo à análise do mérito, que se limita à suposta obrigação dos apelantes de promoverem a recomposição da cobertura florestal das áreas protegidas existentes no imóvel.

De acordo com o Ministério Público, foi constatado dano ambiental no imóvel dos apelantes, oriundo da supressão de árvores nativas e da construção de um aterro para passagem de gado em Área de Preservação Permanente.

No tocante à Área de Preservação Permanente, conforme dispõe o art. 3º. da Lei federal 12.651/2012 (Código Florestal), trata-se de *"área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas"*.

Não se nega a importância conferida pelo ordenamento jurídico à referida área, tendo em vista sua finalidade de buscar o direito fundamental de todo cidadão a um "meio ambiente ecologicamente equilibrado", tal como assegurado pelo artigo 225 da Constituição Federal.

Ademais, é certo que cada caso concreto deve ser analisado considerando suas peculiaridades, a fim de que o meio ambiente seja, efetivamente, protegido.

No caso, conforme se verifica à f. 15, no boletim de ocorrência nº 81.041/2007, lavrado em 25/10/2007, foi constatado que os apelantes realizaram o desmate de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente existente em imóvel de sua propriedade, sem a obtenção de prévia autorização por parte do órgão ambiental, bem como a construção de aterro para passagem de gado e represamento de água. Confira-se:

> Atendendo denúncia anônima, estivemos no local supra mencionado, onde constatamos que o autor efetuou a destoca com enleiramento de árvores nativas e esparsas de pequeno e médio porte em uma área expedita de 02,00,00 ha, ainda realizou a construção de aterro para passagem do gado, com represamento de água, intervindo em área de preservação permanente - menos de 50 metros da nascente, totalizando uma área expedita de 01,00,00 ha, onde foi suprimida a vegetação do local. O autuado não possui autorização junto ao órgão ambiental competente para realizar o serviço. Diante do exposto, foi lavrado Auto de Infração do IEF nº. 051071/07, sendo embargadas as atividades de exploração florestal ilegal, até regularização junto ao órgão competente.

Já o ofício de f. 30, emitido por Engenheiro Florestal do IEF em 17/9/2009, ou seja, dois anos após o evento danoso, confirmou o disposto no boletim de ocorrência, com exceção do material lenhoso, que já havia sido retirado da propriedade:

> Após vistoria da referida propriedade, verifiquei:
>
> - Houve exploração em uma área de 02,00 ha, com a retirada de árvores esparsas, sendo que esta área encontra-se em processos de regeneração natural;
>
> - Não foi verificado material lenhoso enleirado (árvores de médio porte), no local;

> - Houve o represamento de um curso d'água, formando um pequeno açude (100 m2), com um aterro (acesso).
>
> - A área onde houve retirada de terra (empréstimo) encontra-se com processos iniciais de erosão devido à declividade e falta de vegetação.
>
> Conclusão.
>
> Houve interferência em área de preservação permanente, sem autorização, sendo que a intervenção pode ser considerada de baixo impacto ambiental e os danos causados foram por ocasião das obras, exceto área de empréstimo.
>
> A outra área onde ocorreu retirada de árvores esparsas encontra-se em processos iniciais de regeneração natural" (f. 30).

Ademais, foi também apresentado nos autos o laudo nº 09/0024411, do Setor Técnico de Perícias de Crimes contra o Meio Ambiente, do Instituto de Criminalística, datado de 23/12/2009 (f. 32/37), no qual restou consignada a ocorrência do dano ambiental, sendo registrado que *"encontram-se claras as intervenções ocorridas em áreas de preservação permanente"*, e que *"as áreas atingidas pela ação antrópica caracterizada se inserem dentro da faixa protegida, cujos limites são estabelecidos em lei"*.

Como se isso não bastasse, foi realizada perícia judicial (f. 96/101), que comprovou a ocorrência do dano ambiental e a necessidade de recomposição da área degradada. Veja-se o seguinte trecho do laudo pericial:

> [...] Diante disso, as ações efetuadas pelo autor no local do fato representam lesão à APP, na medida em que suas funções ambientais foram reduzidas ou suprimidas.
>
> [...]
>
> Neste giro, inicialmente, esclarecemos que, em regra, a reparação de danos causados ao meio ambiente se dá a partir da apresentação de Projeto Técnico de Reconstituição de Flora (PTRF), que irá indicar as medidas adequadas à reparação ambiental.
>
> Tal documento deve ser elaborado por profissional habilitado, às expensas do autor do dano, de modo a garantir, ao mesmo tempo, que a reparação ocorra adequadamente e que todos os seus custos - com a elaboração e a execução do PRAD ou do PTRF - sejam arcados não pela coletividade, mas pelo autor do dano, em obediência ao disposto no art. 225, § 3º da Constituição Brasileira" (f. 99/100).

O que se verifica, portanto, é que, ao contrário do que sustentam os apelantes, houve indevido corte de árvores nativas em área protegida, sem autorização para tanto, sendo descabida a alegação de que teria sido realizada simples limpeza do local, ou mesmo de que a área em tela seria pequena, ou que teriam sido retirados apenas pequenos galhos, pois, como dito, restou evidente a ocorrência de dano ambiental e o desmate de vegetação nativa.

Ademais, restou demonstrada a possibilidade de regularização da intervenção, com recomposição da cobertura vegetal, a fim de que se retorne à situação ambiental anterior à indevida degradação.

Assim, em conformidade com o princípio do poluidor-pagador, deve ser mantida a condenação dos apelantes para que os mesmos promovam a recomposição da cobertura florestal da Área de Preservação Permanente, com a apresentação de projeto integral de recuperação da referida área, a fim de que seja leva a efeito a recuperação dos danos ambientais ali ocorridos.

Afinal, conforme disposto no art. 14, § 1º, da Lei federal 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, "sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade".

Nesse ponto, convém registrar que, ainda que o laudo técnico de f. 96/101 não tenha especificado, de forma pormenorizada, a abrangência das medidas a serem adotadas pelos apelantes, estas devem ser definidas pelos órgãos ambientais competentes, a fim de que o meio ambiente seja recuperado da forma mais adequada possível.

Com tais apontamentos, *nego provimento à apelação.*

Ante a sucumbência recursal dos apelantes, condeno-os ao pagamento das custas processuais, e, na forma do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios para R$2.200,00.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DÁRCIO LOPARDI MENDES e ANA PAULA CAIXETA.

Súmula - CONHECERAM PARCIALMENTE, E NEGARAM PROVIMENTO.

• • •

Remessa necessária de ofício. Sentença ilíquida. Artigo 496 do CPC. Apelação. Ação civil pública. Patrimônio cultural. Estação ferroviária de Alfredo Graça. Município de Araçuaí. Proteção cultural. Valor reconhecido. Inventário. Obrigações de fazer. Defesa do bem. Conservação e restauração. Abandono. Reponsabilidade. Obrigação solidária. Litisconsórcio passivo necessário. Inexistência.

- Está sujeita à remessa necessária a sentença ilíquida proferida na sede de ação civil pública e em face da Fazenda Pública municipal. Aplicação do art. 496 do CPC.

- Nos termos do art. 23 da CR, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a proteção e o impedimento de destruição e descaracterização de bens de valor histórico-cultural, o que não enseja litisconsórcio passivo necessário entre os entes públicos, podendo o autor manejar a ação contra um ou contra todos os entes federados.

- Evidenciado o reconhecimento do valor cultural da Estação Ferroviária de Alfredo Graça, por meio da sua inclusão em inventário, compete ao Município de Araçuaí, onde se encontra localizado o bem, a conservação e a restauração do imóvel objeto de abandono por parte do Poder Público.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0034.12.001368-4/001 - Comarca de Araçuaí - Apelante: Município de Araçuaí - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. WASHINGTON FERREIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em CONFIRMAR A SENTENÇA EM REMESSA NECESSÁRIA, DE OFÍCIO, E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2019 - *Washington Ferreira* - Relator.

Voto

DES. WASHINGTON FERREIRA - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 131/136v, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Araçuaí, que, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face do Município de Araçuaí, julgou procedentes os pedidos para condenar o ente municipal "a no prazo de até 120 (vinte) dias elaborar projeto para a restauração integral da Estação ferroviária de Alfredo Graça, localizada no Distrito de Alfredo Graça, pertencente ao Município de Araçuaí/MG, por profissionais habilitados e com Anotação de Responsabilidade Técnica, fixando o prazo de até 02 (dois) anos para a restauração do imóvel, sob pena de multa diária de R$2.000,00 (dois mil reais), limitada a R$100.000,00

(cem mil reais)". Condenou o réu ao pagamento das custas processuais, suspensa a exigibilidade. Sem honorários. Não procedida a remessa necessária.

Em suas razões recursais, o Município de Araçuaí alega ser o Estado de Minas Gerais solidariamente responsável pela conservação e restauração do imóvel objeto da lide. Acrescenta ter incluído no orçamento do ano de 2017 propostas visando a conservação da estação ferroviária, argumentando, no entanto, não deter recursos suficientes "para gerir sozinho a obra necessária para conservação do imóvel". Aduz que a família apontada na petição inicial já não se encontra no local. Pugna, ao final, pela reforma da sentença para que "seja realizado a inclusão ao polo passivo da lide do Estado de Minas Gerais" (f. 139/146).

Sem preparo, dada a isenção legal.

Contrarrazões às f. 147/151v, pela negativa de provimento ao recurso.

Aberta vista, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em manifestação da lavra do eminente Procurador de Justiça Jacson Rafael Campomizzi, opinou pelo não provimento do recurso (f. 157/159).

É o relatório.

De ofício, procedo ao necessário reexame da sentença, nos termos do art. 496, I, CPC de 2015, pois se trata de sentença ilíquida proferida em face da Fazenda Pública Estadual. Aplicável, ainda, a Súmula nº 490, do colendo STJ.

Presentes os pressupostos de admissibilidade estampados no CPC de 2015, conheço ainda, do recurso voluntário interposto.

Sem questões prejudiciais ou preliminares a serem analisadas, passo, previamente, ao necessário reexame da sentença.

Remessa necessária.

A causa envolve pretensão do Ministério Público estadual, frente ao Município de Araçuaí, de obter a condenação deste nas obrigações de fazer consistentes na realização de todas as medidas emergenciais necessárias para a preservação da Estação Ferroviária de Alfredo Graça; elaboração e execução de projeto de restauração do imóvel por profissionais qualificados; e asseguração da destinação do imóvel para fins de desenvolvimento de atividades de interesse público.

Antes de passar aos pontos propriamente ditos, interessa ressaltar, como se depreende da norma exteriorizada no art. 129, III, da Constituição da República de 1988, que a ação civil pública tem por objetivo a proteção do patrimônio público e social, do ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

O Ministério Público detém legitimidade para a propositura de ação civil pública, conforme previsão no art. 5º, I, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 ("Lei da Ação Civil Pública"). Há amparo constitucional, inclusive, como se verifica no art. 129, III, da Constituição da República de 1988:

> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
>
> [...]

> III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.
>
> [...]

Tal ajuizamento pode dar-se para a defesa do ambiente ecologicamente equilibrado, nos moldes do art. 1º, III, da "Lei da Ação Civil Pública" e do próprio art. 129, III, da Constituição da República de 1988, já citado. Patente, em contrapartida, o interesse de agir envolto na defesa do patrimônio público (no caso, indicado o imóvel, Estação Ferroviária de Alfredo Graça).

Prosseguindo, não se desconhece que os direitos humanos fundamentais culturais e o direito humano fundamental à defesa do patrimônio cultural, na Constituição da República de 1988, encontram previsão específica nos arts. 215 e 216.

O *caput* do art. 215 assim exterioriza:

> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Por sua vez, o *caput* e incisos do art. 216 disciplinam:

> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
>
> I - as formas de expressão;
>
> II - os modos de criar, fazer e viver;
>
> III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
>
> IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
>
> V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

O colendo Supremo Tribunal Federal, aliás, já sinalizou o contorno de direito fundamental, especialmente da proteção jurídica do patrimônio cultural brasileiro. Confira-se:

> A proteção jurídica do patrimônio cultural brasileiro, enquanto direito fundamental de terceira geração, é matéria expressamente prevista no Texto Constitucional (art. 216 da CRFB/1988). A ordem constitucional vigente recepcionou o DL 25/1937, que, ao organizar a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, estabeleceu disciplina própria e específica ao instituto do tombamento, como meio de proteção de diversas dimensões do patrimônio cultural brasileiro (ACO 1.966 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17.11.2017, *DJe* de 27/11/2017).

Indiscutível que a eficácia e a efetividade dos aludidos direitos, em particular do direito à proteção do patrimônio cultural, perpassa pela atuação de todos os entes da Federação. É o que se extrai da leitura dos arts. 23, III e IV, 24, VII, 30, IX, todos da Constituição de 1988.

O Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, no plano infraconstitucional, "organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional", inclusive.

Ademais, há nítida correlação com direito humano fundamental outro, qual seja o direito humano fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, previsto na Constituição da República de 1988, no art. 225.

O *caput* do referido artigo exterioriza:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

É direito voltado à coletividade, como reconheceu o colendo STF:

O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (STF, MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 30/10/1995, Plenário, *DJ* de 17/11/1995.) No mesmo sentido: STF, RE 134.297, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 13/6/1995, Primeira Turma, *DJ* de 22/9/1995.

O avanço humano, nessa ótica, acaba retratado na ocupação do espaço físico, o que exige a preservação da integridade dos moradores, sensível à articulação no contorno amplo social, histórico, cultural, paisagístico. É o que se extrai da leitura dos incisos do § 1º do art. 225, bem como do art. 23, do art. 30, todos da Constituição de 1988.

Nas palavras de José Afonso da Silva, em comentário aos artigos 196 e 225, ambos da Constituição da República de 1988:

> O dever se cumpre pelas prestações de saúde, que, por sua vez, se concretizam mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos – políticas, essas, que, por seu turno, se efetivam pela execução de ações e serviços de saúde, não apenas visando à cura de doenças. A importância da norma está precisamente aí [...]. O direito à saúde e o dever do Estado não se limitam à recuperação da saúde, à oferta de Medicina curativa, mas, especialmente, Medicina preventiva, ações e serviços destinados a evitar a doença – o que se vê da cláusula 'políticas [...] que visem à redução do risco de doença e de outros agravos'. A ênfase está precisamente aí, na promoção e proteção de uma vida humana saudável, como um direito fundamental, no qual entra, com igual força, a recuperação da saúde.
>
> [...]
>
> Enfim, no conjunto de normas sobre a saúde (arts. 196-200) vislumbram-se valores ambientais, dado que a proteção do meio ambiente constitui um dos instrumentos de proteção da saúde, do bem-estar e da qualidade de vida da população. Pode-se até dizer que no direito à saúde já está embutido o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, magnificamente explicitado e garantido no art. 225 (SILVA,

> José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7.ed. atual até a Emenda Constitucional 66, de 13/7/2010. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 782; 855).

No caso, é incontroverso que a defesa pretendida pelo Ministério Público estadual gira em torno do patrimônio cultural do Distrito de Alfredo Graça, que compõe o Município de Araçuaí, de modo específico, o valor cultural da estação ferroviária local, reconhecido pelo ente municipal por meio de inventário (f. 22/25), forma de proteção ao patrimônio cultural prevista no art. 216, § 1º da CR.

Colhe-se no documento elaborado pela Administração municipal acerca do povoado que a "nucleação se tornou reconhecida a partir da construção da Estação Ferroviária, antes caracterizada como grande fazenda. Após a instalação da Estação Ferroviária e sua circulação durante 25 anos – que impulsionou grande avanço econômico nessa localidade – todos circularam a fim de utilizarem o trem e comercializarem seus produtos".

No entanto, já por ocasião da inclusão do imóvel em inventário – o que se deu nos idos de 2004 – havia a indicação de que a edificação necessitava "de restauração e limpeza urgentes, assim como manutenção nas instalações hidráulica e elétrica e reforço nas estruturas das paredes e do telhado. O reboco apresenta problemas de descolamento em alguns pontos, principalmente internamente onde o telhado possui falhas", além da informação de que servia há anos de moradia para a família que o ocupava "de forma não legalizada", tratando-se os moradores, à época, dos únicos responsáveis pela preservação do local, por meio de limpezas esporádicas (f. 23).

Não obstante, à época do ajuizamento da ação, em diligência realizada pelo órgão ministerial, o imóvel foi encontrado em estado de conservação ainda mais deteriorado, além de ainda servir de moradia, o que restou suficiente demonstrado pelas fotografias acostadas às f. 6, 7 e 27.

Não se discute a responsabilidade do Município de Araçuaí pela conservação e restauração de bem imóvel cujo valor cultural, repita-se, foi por ele próprio reconhecido por meio da inclusão em inventário.

Insiste o Município, no entanto, desde a contestação, na inclusão do Estado de Minas Gerais no polo passivo da lide, o que somente seria possível, na espécie, em caso de litisconsórcio necessário.

Com efeito, o art. 23 da Constituição da República dispõe ser da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a proteção e o impedimento de destruição e descaracterização de bens de valor histórico-cultural, constituindo verdadeira obrigação solidária, o que não enseja, contudo, a necessidade de composição da lide por todos os entes públicos, cabendo ao Município de Araçuaí, eventualmente, demandar em regresso os demais responsáveis pela proteção cultural.

Não discrepa desse entendimento a jurisprudência deste egrégio Tribunal acerca da matéria, conforme o que se infere do seguinte aresto:

> Agravo de instrumento. Ação civil pública. Preliminares de ausência de fundamentação. Ilegitimidade passiva. Inclusão da união como litisconsorte passivo necessário. Rejeitadas. Bem tombado. Responsabilidade de preservação. Solidária. Liminar. Requisitos. Fumus boni iuris e periculum in mora. Presentes. Multa diária. Artigo 537 *caput* e § 1º do CPC/2015. Possibilidade. Decisão agravada mantida. - [...] - A Constituição Federal dispõe em seu art. 23, que é solidária a responsabilidade de preservação/conservação de patrimônio público histórico-cultural. - A natureza da relação jurídica versada nos autos não implica litisconsórcio passivo necessário, mas sim litisconsórcio passivo facultativo, segundo o qual compete ao autor a escolha por manejar a ação contra um ou contra todos os entes federados [...] .

> (TJMG - Agravo de Instrumento Cível nº 1.0015.15.000942-9/002, Rel.ª Des.ª Yeda Athias, 6ª Câmara Cível, j. em 3/10/2017, publicação da súmula em 13/10/2017).

Lado outro, cumpre ressaltar que a alegação de restrições orçamentárias não exime o Município do dever imposto pelo texto constitucional em relação à proteção ao patrimônio histórico-cultural.

Nesse contexto, não merece a sentença, por suas premissas e conclusões, qualquer reparo em relação às obrigações impostas ao Município de Araçuaí para a conservação e restauração de bem dotado de valor cultural.

Recurso voluntário.

Pelas mesas razões exaradas no reexame da sentença, não merece provimento o recurso interposto pelo Município de Araçuaí.

Apenas acrescento que, em relação à desocupação do imóvel, o próprio Ministério Público noticiou que a família que ali residia deixou o local em 24/7/2012 (f. 63/67), de modo que houve a perda parcial do objeto do provimento liminar de f. 37/39 no tocante às medidas necessárias para a desocupação do imóvel, não sendo possível vislumbrar, sequer, interesse recursal em relação à insurgência contra tal ponto do *decisum*.

Conclusão.

Ante o exposto, confirmo a sentença em remessa necessária, de ofício, e nego provimento ao recurso voluntário.

custas pelo apelante, isento, nos termos do art. 10, I, da Lei estadual nº 14.939/2003.

É como voto.

DES. GERALDO AUGUSTO - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Na espécie, acompanho o em. Relator já que, na hipótese, o inventário da estação ferroviária referida na inicial foi promovido tão somente pelo Município de Araçuaí, demandado na presente ação civil pública.

Conquanto a Constituição da República de 1988 preveja a "competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" relativamente à proteção dos bens de valor cultural (art. 23, inc. III), na espécie, a preservação do bem inventário compete ao Município, pois, além de sua evidente importância local (art. 30, inc. IX), inexiste ato que reconheça o interesse da União ou dos Estados no valor cultural do patrimônio em questão.

No tocante à competência administrativa dos entes federativos quanto à proteção dos bens de valor histórico, artístico e cultural, transcrevo, por oportuno, os seguintes ensinamentos de Marcos Paulo de Souza Miranda:

> Essa atuação administrativa do Poder Público é obrigatória e indelegável à iniciativa privada. Em havendo necessidade de ação do Poder Público para assegurar a integridade de bens culturais, esta deve se dar de imediato, sob pena de responsabilização, conforme realçamos no Capítulo 3, ao tratarmos do Princípio da Proteção, considerações às quais nos remetemos.
>
> [...]

> No que tange aos municípios, mais do que competência legislativa sobre o patrimônio cultural, incumbe a eles a efetiva proteção – por meio de ações concretas – de todos bens culturais existentes em seu território. Os municípios devem impedir a evasão, a destruição e a descaracterização dos bens culturais, fazendo uso de seu poder de polícia (*Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; p. 94/95).

A seu turno, leciona Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

> A competência municipal para com o patrimônio cultural depende da existência de bens e serviços, no caso concreto, cuja proteção seja de interesse local, porque não é a matéria que determina esta competência, mas, o interesse. (*Bens culturais e sua proteção jurídica.* 3. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2005; p. 118).

Como se vê, não restam dúvidas de que incumbe aos Municípios a efetiva proteção dos bens locais de valor cultural – por meio de ações concretas. Desta forma, merece ser mantida a parte da sentença que condenou o MUNICÍPIO a efetuar projeto de restauração.

Por fim, sobre a alegada responsabilidade solidária dos entes federados a partir do art. 23 da Constituição da República, calha transcrever trecho de recente decisão monocrática, em sentido contrário à pretensão recursal do Município de Araçuaí, proferida pelo em. Min. Ricardo Lewandowski, *in verbis*:

Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão assim ementado:

> 'Remessa necessária e apelação. Administrativo. Ação civil pública. Patrimônio histórico nacional. Tombamento. Lei nº 11.483/2007. Bem da extinta RFFSA. Estação ferroviária. Controle judicial sobre decisões administrativas. 1. O patrimônio cultural brasileiro, constituído por bens de natureza material e imaterial, é tutelado pela Constituição Federal, conforme preceitua seu art. 216, sendo de competência comum a todos os entes da federação a proteção aos bens de valor artístico, histórico e cultural (art. 23, I, III e IV). 2. O tombamento, previsto no art. 216, §1º, da Constituição Federal e regulado pelo Decreto-Lei nº 25/37, é espécie de intervenção do Estado na propriedade, limitativa do exercício de direitos de utilização e de disposição, destinada à preservação e ao acautelamento do patrimônio cultural. 3. A competência do IPHAN para o tombamento dos bens da extinta RFFSA, prevista no art. 9º, *caput*, §§ 1º e 2º, da Lei nº 11.483/2007, é condicionada à avaliação prévia sobre a existência ou não de valor artístico, histórico e cultural a ser protegido, mediante ato discricionário autorizado por lei, visando ao atendimento do interesse público. 4. Em princípio, é cabível o controle judicial das decisões administrativas no que diz respeito à forma (pressupostos de validade) e ao conteúdo (aspectos jurídicos e fáticos), inclusive quanto à discricionariedade. No que tange à discricionariedade, o controle judicial incidirá apenas se princípios fundamentais como os da igualdade, da legalidade, da proporcionalidade e da confiança legítima forem atingidos. 5. Ausência de demonstração de efetiva violação ao art. 3º, III e IV, da CF – que prevê como objetivos da República a erradicação das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem estar de todos sem qualquer discriminação -, pelo fato de a localização do imóvel em área rural, na análise do caso concreto e em juízo de discricionariedade, ter sido considerada como um dos fatores para a recusa ao tombamento, em razão da inviabilidade de sua utilização para fins culturais. 6. A atuação do IPHAN destina-se a bens de relevância nacional, sem prejuízo da atuação dos municípios e estados nos assuntos de interesse local e estadual. Tal entendimento amolda-se ao disposto nos arts. 216 e 23, III, da Constituição Federal, que preveem a competência comum entre entes federativos para a tutela do patrimônio cultural brasileiro. 7. O reconhecimento do valor artístico, histórico e cultural para o tombamento de determinado bem na esfera estadual, não conduz, necessariamente, a idêntico posicionamento no âmbito federal. 8. Inexistindo tombamento pelo IPHAN é inviável a condenação da União Federal e dos demais apelados à elaboração e à execução de projeto de recuperação do imóvel, a

> ser submetido à aprovação da referida autarquia. 9. Remessa necessária e apelação não providas" (pág. 10 do documento eletrônico 5).

No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se violação dos arts. 3°, III, IV; 23, I, III, IV; 215, *caput*, IV; e 216, da mesma Carta. A pretensão recursal não merece acolhida.

Consta do voto condutor do acórdão recorrido:

> "[...]
>
> No que tange aos aspectos fáticos, também não se apurou divergências. O Parecer Técnico Simplificado nº 71/2011, do IPHAN, descreveu as características físicas e históricas do imóvel, nos seguintes termos:
>
> […]

Em conclusão, consignou que o bem não possui valor histórico artístico e cultural, porquanto sua tipologia arquitetônica não apresenta característica de excepcionalidade, seja na forma como na técnica construtiva, e sua localização em área rural inviabiliza o seu uso para fins culturais.

Com efeito, nenhuma objeção foi feita aos aspectos fáticos que subsidiaram a decisão administrativa. A irresignação do MPF cinge-se, na verdade, à valoração jurídica dos fatos.

Entende o órgão demandante que os fundamentos adotados para o não acolhimento do bem, relativos à sua localização em área rural e à falta de interesse de âmbito nacional, violam os comandos dos arts. 3º, III e IV, e 216 da CF e do art. 9º da Lei nº 11.483/2007, na medida em que a população rural, assim como a urbana, merece o digno acesso à cultura regional; e que a falta de interesse de âmbito nacional não afasta a atuação do IPHAN quanto aos bens da extinta RFFSA.

No ponto, apesar de o MPF sustentar a violação a dispositivos constitucionais e à própria Lei nº 11.483/2007, não houve comprovação de que a decisão administrativa do IPHAN tenha incidido em tais vícios.

Ora, é evidente que o fato de um bem localizar-se em área rural não exclui, por si só, a possibilidade de sua utilização para fins culturais e seu eventual tombamento. Todavia, não foi demonstrada a efetiva violação ao art. 3º, III e IV, da CF – que prevê como objetivos da República a erradicação das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem-estar de todos sem qualquer discriminação –, pelo fato de a localização do imóvel, na análise do caso concreto e em juízo de discricionariedade, ter sido considerada como um dos fatores para a recusa ao tombamento.

De igual maneira, a afirmação do IPHAN de que a sua atuação destina-se a bens de relevância nacional, sem prejuízo da atuação dos Municípios e Estados nos assuntos de interesse local e estadual, não ofende ao disposto nos arts. 216 e 23, III, da CF e no art. 9º da Lei nº 11.483/2007. Na verdade, tal entendimento amolda-se ao disposto nas referidas normas constitucionais, que prevêem a competência comum entre os entes federativos e a colaboração da comunidade para a tutela do patrimônio cultural brasileiro.

Ademais, o reconhecimento do valor artístico, histórico e cultural do bem na esfera estadual pelo INEPAC, não conduz, necessariamente, a idêntico posicionamento na ordem federal.

Do exame da documentação colacionada aos autos, especialmente do procedimento administrativo para o tombamento provisório pelo INEPAC (f. 113/222), verifica-se que a importância histórica da Estação Ferroviária de Jaceruba foi considerada em conjunto com outros bens especificamente relevantes para a

memória do Município de Nova Iguaçu, sendo tombados no mesmo ato a aludida estação os seguintes bens: Igreja de Santo Antonio, atual Igreja da Prata; Igreja de N. Senhora da Posse; Igreja de Nossa Senhora de Marapicu; Capela de Nossa Senhora de Guadalupe. Grupo Escolar Rangel Pestana; Lar de Joaquina; Estação Ferroviária de Tinguá; Estação Ferroviária de Cava e Estação Ferroviária de Rio'Douro.

Nesse contexto, apesar da relevância histórica do bem reconhecida na esfera estadual por ocasião do tombamento provisório pelo INEPAC, não caracteriza ofensa aos princípios da igualdade, da legalidade, da proporcionalidade e da confiança legítima, o fato de o IPHAN, no seu campo de discricionariedade, ter entendido que o mesmo bem não possui valor artístico, histórico e cultural de âmbito nacional, a justificar a sua atuação.

Da mesma forma, também não se vislumbra a efetiva necessidade e proporcionalidade da medida pretendida, porquanto não foi efetivamente demonstrado que, em uma nova avaliação do bem pelo IPHAN, o único resultado possível seria uma decisão administrativa favorável ao tombamento.

De tal sorte, por todas as razões acima, não carece de reparo a sentença que julgou improcedente o pedido de condenação do IPHAN à obrigação de realizar de nova avaliação quanto ao valor artístico, histórico e cultural da Estação Férrea de Jaceruba,Bpara fins de tombamento.

Melhor sorte não assiste ao apelante no que tange ao pedido de condenação da União Federal e dos demais apelados à obrigação solidária de elaborar e executar um projeto de recuperação total do imóvel, preservando-lhe as características originais, a ser submetido à aprovação do IPHAN e do INEPAC, com base nos arts. 17 e 19 do Decreto-Lei nº 25/37.

Com efeito, tal pedido tem como premissa lógica a invalidade (ou o desfazimento) da decisão administrativa que considerou a ausência de valor artístico, histórico e cultural do bem em questão. Para se chegar a procedência desse pedido não bastaria concluir pela invalidade da referida decisão administrativa quanto aos aspectos de forma, mas também quanto aos aspectos de conteúdo, tanto jurídico quanto fático da discricionariedade e, principalmente, a certeza de que o único resultado possível da atuação administrativa após a prolação da nova decisão administrativa seria a efetivação do tombamento.

A esse passo, diante da confirmação da sentença quanto à improcedência do pedido de condenação do IPHAN à nova avaliação do bem para fins de tombamento, é forçoso reconhecer também a improcedência do segundo pedido, pois, inexistindo tombamento por parte do IPHAN, não há possibilidade de condenação da União Federal e dos demais apelados à elaboração e execução de projeto de recuperação do imóvel a ser submetido à aprovação da referida autarquia.

Por fim, há que se registrar que, a despeito de existir tombamento provisório do bem na esfera estadual, o que atrairia a aplicação dos arts. 17 e 19 do Decreto-Lei nº 25/37, não é viável, na presente demanda, condenar a União Federal e os demais apelados à obrigação de elaborar e executar projeto de recuperação do imóvel a ser submetido à aprovação do INEPAC, pois o referido instituto sequer compõe a relação jurídica processual da ação coletiva.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa necessária.

É como voto" (págs. 7-9 do documento eletrônico 5).

Nesse contexto, para dissentir do acórdão impugnado e verificar a procedência dos argumentos consignados no apelo extremo, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos e das normas infraconstitucionais pertinentes ao caso, o que é vedado pelas Súmulas 279 e 280/STF, sendo certo que eventual ofensa à Constituição seria apenas indireta. Nesse sentido:

> 'Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Zoneamento urbano. Tombamento. Matéria infraconstitucional local. Reexame do contexto fático-probatório. Necessidade. Súmulas 280 E 279 do STF. Agravo regimental a que se nega provimento. I - Para se chegar ao exame das alegadas ofensas à Constituição, faz-se necessário analisar norma infraconstitucional local, bem como reexaminar fatos e provas, o que inviabiliza o extraordinário, a teor das Súmulas 280 e 279 do STF. Precedentes. II - Agravo regimental a que se nega provimento" (ARE 807.468-AgR/SP, de minha relatoria). 'Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Tombamento. Requisitos. Reexame de provas e da legislação infraconstitucional. Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal. Ofensa constitucional indireta. Agravo regimental ao qual se nega provimento' (ARE 835.631-AgR/MG, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia). Isso posto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF) (STF, RE n.º 1112644/RJ, Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 13/11/2018).

Pelo exposto, acompanho o em. Relator para negar provimento ao recurso e, em reexame necessário, confirmar a sentença, pelos fundamentos acima declinados.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA EM REMESSA NECESSÁRIA, DE OFÍCIO, E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

• • •

Remessa necessária/Apelação - Educação - Direito fundamental - Profissional de apoio em sala de aula - Alunos com necessidades especiais - Acompanhamento individual - Dignidade da pessoa humana - Relatórios e termos de declaração de profissionais da educaçao - Necessidade demonstrada - Sentença confirmada

- Compete ao Estado a prestação da educação a todos, direito fundamental relativo à dignidade da pessoa humana.

- A CF/1988, ao dispor sobre a educação, estabelece que o ensino tem por princípio, dentre outros, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II), a adoção de ações que conduzam à melhoria da qualidade (art. 214, III) e, também, o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência (art. 208, III).

- Demonstrada, pois, a necessidade de acompanhamento individualizado dos menores por um professor de apoio, confirma-se a sentença em remessa necessária, prejudicado o apelo voluntário.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0080.17.001395-9/002 - Comarca de Bom Sucesso - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. AUDEBERT DELAGE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REMESSA NECESSÁRIA, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 25 de junho de 2019 - *Audebert Delage* - Relator.

Voto

DES. AUDEBERT DELAGE - Trata-se de remessa necessária e recurso de apelação interposto pelo Estado de Minas Gerais contra a sentença (f. 100/101 que, nos autos da Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em favor de R.A.A.C e outros, julgou procedente o pedido para determinar ao apelante que forneça professores de apoio da Escola Estadual e turma em que se encontram matriculas os alunos R.A.A.C e outros (item a, f. 14), portadores de microcefalia e hidrocefalia (f. 100).

Pondera que, pela regulamentação sobre o Atendimento Educacional Especializado (AEE), se compromete, como discorre, ao fornecimento de serviços de apoio especializados, sendo que o acompanhamento especializado é apenas uma das ferramentas de que dispões o Poder Público para operar sua atribuição de inclusão educacional de deficientes.

Afirma que deve ser analisado o binômio necessidade/proporcionalidade para definição do atendimento das necessidades especiais do aluno integrado à rede de ensino por meio ao AEE, inclusive para promoção da real inclusão do aluno com necessidades especiais ao ambiente escolar.

Aponta que as provas demonstram que, embora os menores tenham deficiência constatada, esta não é global e tampouco fica demonstrado que a necessidade de acompanhamento exclusivo de professor de apoio é indispensável para o melhor desenvolvimento escolar dos alunos, que não se confunde com o mais confortavel acompanhamento.

Pede o provimento do recurso.

Contrarrazões (f. 106/116).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela confirmação da sentença.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço da remessa e do apelo voluntário.

A CF, ao dispor sobre a educação, estabelece que o ensino tem por princípio, dentre outros, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II), a adoção de ações que conduzam à melhoria da qualidade (art. 214, III) e, também, o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência (art. 208, III).

No caso, os menores sofrem, dentre outros problemas, de microcefalia e hidrocefalia, demonstrada a necessidade, para melhor desenvolvimento escolar, de acompanhamento individualizado com professor de apoio.

Nesse sentido, laudo de profissional Neurologista da Infância e Adolescência (fls. 21/24 e 31), da Diretora Escolar (f. 26), além de termos de declaração prestados ao MP (f. 28 e 61) e relatório da Neurologista (f. 30).

Compete ao Estado a prestação da educação a todos, direito fundamental relativo à dignidade da pessoa humana.

A CF, ao dispor sobre a educação, estabelece que o ensino tem por princípio, dentre outros, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II), a adoção de ações que conduzam à melhoria da qualidade (art. 214, III) e, também, o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência (art. 208, III).

Demonstrada, pois, a necessidade de acompanhamento individualizado dos menores por um professor de apoio, confirma-se a sentença em remessa necessária, prejudicado o apelo voluntário.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDILSON OLÍMPIO FERNANDES e SANDRA FONSECA.

Súmula - EM REMESSA NECESSÁRIA, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

• • •

Civil e processual civil. Revisional de contrato bancário. Código de defesa do consumidor. Aplicação. Juros. Abusividade. Inexistência. Capitalização mensal. Previsão contratual. Possibilidade. Tarifa de cadastro. Cobrança. Possibilidade. Avaliação de bem. Registro de contrato. Ausência da efetiva comprovação dos serviços prestados. Abusividade. Seguro de proteção financeira. Venda casada. Ilegalidade. Devolução em dobro. Necessidade de comprovação da má-fé. Recurso parcialmente provido

- Não há qualquer abusividade relativa à taxa de juros remuneratórios, na forma contratada, na hipótese em que o percentual não exceda em mais de 50% (cinquenta por cento) à média praticada, à época, pelo mercado, para operações da mesma espécie.

- O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 973.827/RS, consolidou tese de pacificação jurisprudencial, no sentido de que "é permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31/3/2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000 (em vigor como MP nº 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada".

- A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.

- Mostra-se legal a cobrança do encargo relativo à Tarifa de Cadastro, desde que tipificada e incidente por única vez, no início da relação contratual.

- Conforme decidido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.578.533/SP, julgado sob a sistemática dos recursos representativos de controvérsia, a validade da cobrança, em sede de contrato bancário, das tarifas de registro de contrato e de avaliação de bem se condiciona à efetiva comprovação dos serviços prestados, bem como da inexistência de onerosidade excessiva.

- Não comprovada a inserção do gravame no documento do veículo garantidor do contrato, descabe a cobrança da tarifa de registro de contrato.

- Conforme decidido pelo Superior Tribuna de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.639.320/SP, representativo de controvérsia, "nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada".

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0529.13.001616-3/002 - Comarca de Pratápolis - Apelante: Fábio Simão Medeiros - Apelado: Banco Itaucard S/A - Relator: DES. ÁLVARES CABRAL DA SILVA

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 5 de julho de 2019 - *Álvares Cabral Da Silva* - Relator.

Voto

DES. ÁLVARES CABRAL DA SILVA (RELATOR) - Trata-se de ação proposta por Fábio Simão Medeiros, em desfavor do Banco Itaucard S/A, questionando o autor cláusulas do contrato de financiamento que firmou com o réu para a aquisição de veículo, insurgindo- se, especialmente, contra a cobrança de juros na forma capitalizada, percentual dos juros remuneratórios, reputado exorbitante, sustentando, ainda, a ilegalidade da cobrança de várias tarifas administrativas consideradas abusivas, pugnando, pois, pela revisão do contrato, com a condenação do réu ao ressarcimento, em dobro, dos valores indevidamente pagos.

O MM. Juiz de Direito da vara única da comarca de Pratápolis, na sentença proferida às f. 121/135, julgou parcialmente procedentes os pedidos, impondo-se colacionar a parte dispositiva da sentença:

> Portanto, levando-se em conta tudo que consta dos autos, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE os pedidos contidos na inicial, e condeno a parte requerida a restituir à autora, de forma simples, o valor correspondente à cobrança da Tarifa de Registro do Contrato no valor de R$55,66 (cinquenta e cinco reais e sessenta e seis centavos), que deverá ser corrigido monetariamente pelos índices da Egrégia Corregedoria Geral de Justiça de Minas Gerais, desde a data do contrato (30/9/2011), acrescida de juros de mora de 1% ao mês com supedâneo no art. 406 do Código Civil de 2002, c/c art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, a partir da citação.
>
> Em consequência desta decisão, declaro o presente feito extinto, com a resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil.
>
> Verificada a sucumbência recíproca:
>
> Condeno a parte autora ao pagamento de 90% (noventa por cento) do valor das custas, despesas processuais e honorários do advogado da parte ré, que fixo em R$1.500,00 (mil e quinhentos reais), com fulcro no art. 85, § 5º, do CPC.
>
> Condeno a parte ré ao pagamento de 10% (dez por cento) do valor das custas, despesas processuais e honorários do advogado da parte autora, que fixo em R$1.500,00 (mil e quinhentos reais), com fulcro no art. 85, § 5º, do CPC.
>
> As custas e honorários advocatícios deverão ser pagos pela parte autora no prazo de até cinco anos, caso adquira condições de fazê-lo, sem o quê a obrigação será considerada prescrita, nos termos do artigo 98, § 3º, do CPC.
>
> Isento a parte autora do pagamento das custas e despesas processuais (art. 10, II, da Lei nº 14939/03).
>
> Na oportunidade, advirto ao requerido que o pagamento deverá ser efetuado no prazo de quinze dias após o trânsito em julgado da sentença, sob pena de multa de 10% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 523 §1º do CPC/2015.
>
> Transitada em julgado esta decisão, dê-se baixa e arquivem-se os autos.

Insurgindo-se contra o teor da sentença, o autor interpôs recurso de apelação.

Invoca o recorrente, em suas razões recursais, a aplicação dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, contrapondo-se à cobrança dos juros, na forma capitalizada, bem como à taxa de juros remuneratórios prevista no contrato, reputada abusiva, pugnando pela limitação destes ao percentual de 12% (doze por cento) ao ano. Sustenta a ilegalidade da cobrança das tarifas de cadastro e de avaliação de bem, assim como do seguro de proteção financeira, pugnando, portanto, pela devolução, em dobro, dos valores indevidamente pagos.

Contrarrazões às f. 163/172.

O colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº. 1.578.526/SP, submetido à sistemática dos recursos representativos de controvérsia, tornou afeto o tema relativo à validade da cobrança, em contratos bancários, de despesas com serviços prestados por terceiros, registro do contrato e/ou avaliação de bens, razão pela qual, pela decisão proferida às f. 176/177, determinei o sobrestamento do feito.

Sobrevindo o julgamento do retromencionado paradigma, determinei a intimação das partes (f. 185/187), para que se manifestassem sobre o teor da decisão do colendo STJ, em sede do julgamento do referido recurso.

Em atenção ao referido despacho, o autor/ recorrente manifestou-se às f. 189/190, asseverando não haver prova acerca da efetiva prestação dos serviços, reafirmando a abusividade da cobrança das referidas tarifas.

Já a instituição financeira ré manifestou-se às f. 192/193, alegando que a cobrança das tarifas encontra expressa previsão contratual.

É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso, posto que próprio e tempestivo.

Da Aplicação do Código de Defesa do Consumidor

Destaca-se, inicialmente, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à hipótese dos autos, a teor do § 2º, do art. 3º, e do inciso IV, do art. 51, do referido diploma, preceitos segundos os quais é plenamente possível a revisão do contrato celebrado entre as partes, sobretudo quando suas cláusulas, ao longo de sua execução, ultrapassam os limites da legalidade e, por via de consequência, convertem-se em abusividade.

No mesmo sentido, estabelece o enunciado da Súmula nº 297, editada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, ao dispor que "o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Logo, diante da relação consumerista evidenciada nos autos, é plenamente possível a declaração de nulidade de cláusulas contratuais consideradas abusivas, com a finalidade de estabelecer o equilíbrio econômico entre as partes, haja vista que o contrato não pode permitir que um dos pactuantes se beneficie com o imensurável prejuízo do outro.

Limitação dos juros remuneratórios

No que tange aos juros remuneratórios, observa-se que estes correspondem ao preço pago pelo uso do dinheiro, sendo uma compensação pelo uso do capital durante um dado lapso temporal.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça assentou seu posicionamento a respeito do tema da limitação dos juros remuneratórios, em ação revisional de contratos bancários, ao examinar, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o REsp nº 1.061.530/RS, cuja relatoria coube à Ministra Nancy Andrighi.

No julgamento do recurso supramencionado, as orientações emanadas por aquele Sodalício quanto aos juros remuneratórios restaram assim ementadas:

> I - Julgamento das questões idênticas que caracterizam a multiplicidade. orientação 1 - Juros remuneratórios

> As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto nº 22.626/33), Súmula 596/STF;
>
> A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;
>
> São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;
>
> É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.

Logo, observa-se que somente é dado ao Poder Judiciário intervir na taxa livremente contratada, se constatado oportunamente por prova robusta que outras instituições financeiras, nas mesmas condições, praticariam percentuais muito inferiores (REsp nº 915.572/RS, Quarta Turma, *DJe* 10/3/2008).

Vale referir que o voto condutor do acórdão, proferido pela Ministra Nancy Andrighi, no mencionado recurso repetitivo (REsp nº 1.061.530/RS), traz importantes orientações acerca dos critérios para a averiguação da abusividade dos juros:

> Necessário tecer, ainda, algumas considerações sobre parâmetros que podem ser utilizados pelo julgador para, diante do caso concreto, perquirir a existência ou não de flagrante abusividade. [...]
>
> Descartados índices ou taxas fixos, é razoável que os instrumentos para aferição da abusividade sejam buscados no próprio mercado financeiro.
>
> Assim, a análise da abusividade ganhou muito quando o Banco Central do Brasil passou, em outubro de 1999, a divulgar as taxas médias, ponderadas segundo o volume de crédito concedido, para os juros praticados pelas instituições financeiras nas operações de crédito realizadas com recursos livres (conf. Circular nº 2957, de 30/12/1999).
>
> As informações divulgadas por aquela autarquia, acessíveis a qualquer pessoa através da rede mundial de computadores (conforme *http://www.bcb.gov.br/?ecoimpom* - no quadro XLVIII da nota anexa; ou *http://www.bcb.gov.br/?TXCREDMES*, acesso em 6/10/2008), são segregadas de acordo com o tipo de encargo (prefixado, pós-fixado, taxas flutuantes e índices de preços), com a categoria do tomador (pessoas físicas e jurídicas) e com a modalidade de empréstimo realizada (*hot money*, desconto de duplicatas, desconto de notas promissórias, capital de giro, conta garantida, financiamento imobiliário, aquisição de bens, 'vendor', cheque especial, crédito pessoal, entre outros).
>
> A taxa média apresenta vantagens porque é calculada segundo as informações prestadas por diversas instituições financeiras e, por isso, representa as forças do mercado. Ademais, traz embutida em si o custo médio das instituições financeiras e seu lucro médio, ou seja, um *spread* médio. É certo, ainda, que o cálculo da taxa média não é completo, na medida em que não abrange todas as modalidades de concessão de crédito, mas, sem dúvida, presta-se como parâmetro de tendência das taxas de juros. Assim, dentro do universo regulatório atual, a taxa média constitui o melhor parâmetro para a elaboração de um juízo sobre abusividade.
>
> Como média, não se pode exigir que todos os empréstimos sejam feitos segundo essa taxa. Se isto ocorresse, a taxa média deixaria de ser o que é, para ser um valor fixo. Há, portanto, que se admitir uma faixa razoável para a variação dos juros.

> A jurisprudência, conforme registrado anteriormente, tem considerado abusivas taxas superiores a uma vez e meia [...], ao dobro [...] ou ao triplo [...] da média.
>
> Todavia, esta perquirição acerca da abusividade não é estanque, o que impossibilita a adoção de critérios genéricos e universais. A taxa média de mercado, divulgada pelo Banco Central, constitui um valioso referencial, mas cabe somente ao juiz, no exame das peculiaridades do caso concreto, avaliar se os juros contratados foram, ou não, abusivos.

Como se vê, a aferição da abusividade dos juros praticados pela instituição financeira dependerá da comprovação inequívoca de que a taxa avençada excede substancialmente à média de mercado, o que não se verifica na hipótese em comento.

Esta egrégia 10ª Câmara Cível, em casos análogos, entende que somente deverão ser consideradas abusivas as taxas de juros que superem uma vez e meia a taxa de juros média praticada pelo mercado, divulgada pelo Bacen para o tipo específico de contrato, à época da celebração. A propósito:

> Apelação cível. Ação revisional de contrato bancário. Capital de giro. CDC. Inaplicabilidade. Juros remuneratórios. Superior uma vez e meia taxa média de mercado. Abusividade. Limitação. Possibilidade. - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos bancários, conforme pacificado na Súmula nº 297 do STJ, desde que haja relação de consumo, o que não se evidencia no caso de contrato firmado com pessoa jurídica para fomento da atividade. - A Lei de Usura não se aplica às instituições financeiras, a teor das Súmulas Vinculantes nº 07 e 596, do STF, não havendo limitação para contratação da taxa de juros remuneratórios. - Em conformidade com a Súmula nº 382 do STJ, a simples contratação de juros acima de 12% ao ano, por si, não implica prática abusiva. - Embora não haja a limitação dos juros para instituições financeiras, não pode sua taxa ser totalmente liberada, sem nenhum controle efetivo, permitindo-se a limitação dos juros remuneratórios quando superarem uma vez e meia a taxa média de mercado fornecida pelo Banco Central. (TJMG - Processo: Apelação cível nº 1.0702.10.066228-8/001; Rel.ª Des.ª Mariângela Meyer; *DJe* 10/3/17) (grifei)
>
> Apelação cível. Ação ordinária de revisão contratual. Financiamento de veículo. Código de defesa do consumidor. Incidência. Taxa de juros remuneratórios. Limitação da alíquota. Média de mercado. Possibilidade. Honorários advocatícios de sucumbência. Condenação fixada em patamar mínimo. Redução. Impossibilidade. I - As normas do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis às relações estabelecidas com instituições financeiras, conforme prevê o enunciado da Súmula nº 297 do Superior Tribunal de Justiça. II - Não será considerada abusiva a taxa dos juros remuneratórios contratada quando ela for até uma vez e meia superior à taxa de juros média praticada pelo mercado, divulgada pelo BACEN para o tipo específico de contrato, na época de sua celebração. III - É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante as peculiaridades do caso concreto. IV - Na fixação dos honorários advocatícios devidos pelo sucumbente, o órgão judicante deverá atender ao grau de zelo do profissional, ao lugar da prestação do serviço, à natureza e importância da causa, ao trabalho realizado pelo advogado e ao tempo exigido para o seu serviço. Verificado que a verba honorária foi fixada no percentual mínimo permitido em lei, não há de se cogitar sua redução. (TJMG - Processo: Apelação cível nº 1.0024.13.386247-4/002; Rel. Des. Vicente de Oliveira; *DJe* de 20/4/2017) (grifei)

No caso em tela, não há qualquer comprovação de que a taxa de juros, na forma contratada (f. 67), supera uma vez e meia à taxa média praticada, à época da contratação, pelo mercado, não se configurando, portanto, a abusividade invocada pelo autor/recorrente, posto que não patenteada desvantagem exagerada do consumidor ou vantagem excessiva ao fornecedor.

Sobre o tema, deve ser salientado que, interpretando a norma do § 3º, do artigo 192 da CR/88, que limitava a taxa de juros reais ao percentual de 12% (doze por cento) ao ano (dispositivo revogado pela nº EC 40/03), o colendo Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 648, cujo enunciado ora se transcreve: *"A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela emenda constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% (doze por cento) ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar".*

Da capitalização dos juros ou anatocismo.

No que concerne à possibilidade de capitalizar juros em operações firmadas por entidades integrantes do sistema financeiro nacional, entendo que inexiste qualquer tipo de vedação a essa prática.

A incidência de juro composto, no caso em comento, é expressamente prevista e permitida pela lei, constituindo exceção à regra da não capitalização.

A Medida Provisória de nº 2.170-36/01 prevê, em seu artigo 5º, a autorização para tanto, *verbis*: *"Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano".*

Destaco que o primeiro ato normativo a autorizar tal prática foi a Média Provisória nº 1.963/2000, sucessivamente renovada, até a edição da Media Provisória nº 2.170-36/01.

Ademais, não é despiciendo destacar que a medida provisória derradeiramente citada continua em vigor por força da Emenda Constitucional nº 32, que previu, em seu art. 2º, que as medidas provisórias editadas em data anterior à sua publicação continuariam em vigor, até que o congresso deliberasse definitivamente sobre o tema por ela tratado ou quando do advento de outra medida ulterior, *verbis*: *"Art. 2º - As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional."*

Friso, ainda, que não há que se falar em suspensão da força vinculante de tal norma devido à liminar concedida na ADIN nº 2316, pois, como se pode abstrair de consulta realizada ao sítio do STF, o julgamento do pleito liminar encontra-se suspenso, ou seja, não se aperfeiçoou, encontrando-se a ação com pedido de vista.

Julgo, contudo, para que seja devido o pagamento dos juros decorrentes de capitalização, esta deve ser expressamente contratada e, por óbvio, o contrato firmado entre as partes deve ser posterior à data em que entrou em vigência a Medida Provisória nº 1.963/2000, qual seja, 31 de março de 2000.

Nesse sentido, no que tange à legalidade da capitalização mensal de juros, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 973.827/RS, sob a sistemática dos recursos repetitivos, consolidou tese de pacificação jurisprudencial, no sentido de que:

> Civil e processual. Recurso especial repetitivo. Ações revisional e de busca e apreensão convertida em depósito. Contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária. Capitalização de juros. Juros compostos. Decreto nº 22.626/1933, medida provisória nº 2.170-36/2001. Comissão de permanência. Mora. Caracterização. - [...] - 3. Teses para os efeitos do art. 543-C, do CPC: - "É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31/3/2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada." – "A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo

> da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada. [...]" (REsp nº 973.827/RS; Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Rel.ª Min.ª Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. em 8/8/2012, *Dje* 24/9/2012). (grifei)

Com efeito, sabe-se que o precedente estava sob condição resolutória, porquanto ainda faltava a chancela de constitucionalidade ao dispositivo que o embasa.

Contudo, na sessão de 4 de fevereiro de 2015, o Excelso Supremo Tribunal Federal, para os efeitos de repercussão geral, e contra o voto do relator, o Ministro Marco Aurélio Mello, proveu o RE nº 592.377, cuja controvérsia de fundo era justamente essa. Para a maioria:

> Constitucional. Art. 5º da MP nº 2.170/01. Capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano. Requisitos necessários para edição de medida provisória. Sindicabilidade pelo poder judiciário. Escrutínio estrito. Ausência, no caso, de elementos suficientes para negá-los. Recurso provido. A jurisprudência da Suprema Corte está consolidada no sentido de que, conquanto os pressupostos para a edição de medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de relevância e de urgência. Não se pode negar que o tema tratado pelo art. 5º da MP nº 2.170/01 é relevante, porquanto o tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, consequentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida econômica do país. Por outro lado, a urgência para a edição do ato também não pode ser rechaçada, ainda mais em se considerando que, para tal, seria indispensável fazer juízo sobre a realidade econômica existente à época, ou seja, há quinze anos passados. Recurso extraordinário provido. (RE nº 592377, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. em 4/2/2015, *DJe*-055 de 19/3/2015, p. em 20/3/2015).

Neste contexto, a assentada reverteu o resultado que se desenhava no julgamento da ADI nº 2316, com a mesma discussão, mas já com alguns votos em sentido contrário. Em arremate, as recentíssimas edições das Súmulas nº 539 e 541, ambas do Superior Tribunal de Justiça:

> Súmula nº 539 - É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP nº 1.963-17/2000, reeditada como MP nº 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.

> Súmula nº 541 - A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.

Logo, verificadas as premissas para a afirmação de licitude da cobrança do anatocismo, cumpre verificar se estava expressamente pactuada a cláusula no negócio de que participou o autor/segundo recorrente.

No caso em estudo, verifica-se que houve pactuação quanto à capitalização dos juros, o que se conclui via da análise dos índices de juros mensais e anuais previstos no contrato, constatando-se, ainda, que o contrato que vincula as partes foi celebrado em data posterior a de 31 de março de 2000, pelo que inteiramente possível e lícita a cobrança de juros capitalizados (f. 67/71).

TARIFA DE CADASTRO.

No que diz respeito à cobrança de tarifa de cadastro, entende-se que é legítima, conforme concluiu a segunda seção do colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.255.573/RS,

representativo de controvérsia repetitiva, nos termos do art. 543-C, do CPC/73, já que o referido encargo foi previsto expressamente na Tabela anexa à Circular Bacen nº 3.371/2007, e nos atos normativos que a sucederam.

Neste contexto, entende-se ser legal a cobrança do encargo relativo à tarifa de cadastro, desde que tipificada e incidente por única vez no início da relação contratual e expressamente prevista no instrumento, ficando vedada a cobrança da referida tarifa somente diante da demonstração objetiva da abusividade, o que, na hipótese dos autos, não restou caracterizado.

SERVIÇOS DE TERCEIROS, REGISTRO DE CONTRATO E AVALIAÇÃO DE BEM.

Em relação à cobrança pelos serviços prestados por terceiros, bem como aos valores exigidos pelo registro de contrato e pela avaliação do bem, assim decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial representativo de controvérsia nº 1.578/553/SP, sede em que foram firmadas as seguintes teses:

> Recurso especial repetitivo. Tema nº 958/STJ. Direito bancário. Cobrança por serviços de terceiros, registro do contrato e avaliação do bem. Prevalência das normas do direito do consumidor sobre a regulação bancária. Existência de norma regulamentar vedando a cobrança a título de comissão do correspondente bancário. Distinção entre o correspondente e o terceiro. Descabimento da cobrança por serviços não efetivamente prestados. Possibilidade de controle da abusividade de tarifas e despesas em cada caso concreto. Delimitação da controvérsia: Contratos bancários celebrados a partir de 30/4/2008, com instituições financeiras ou equiparadas, seja diretamente, seja por intermédio de correspondente bancário, no âmbito das relações de consumo. - Teses fixadas para os fins do art. 1.040, do CPC/2015: 2.1. Abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros, sem a especificação do serviço a ser efetivamente prestado; 2.2. Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da comissão do correspondente bancário, em contratos celebrados a partir de 25/2/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN nº 3.954/2011, sendo válida a cláusula no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva; 2.3. Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a: 2.3.1. abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado; e; a 2.3.2. possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto. (STJ - REsp nº. 1578553/SP; Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; *DJe* de 6/12/2018).

Assim, em relação à cobrança, em sede de contrato bancário, por serviços prestados por terceiros, firmou-se a tese de que é abusiva tal cobrança, na hipótese e que não tenham sido especificados os serviços prestados, bem como quando houver onerosidade excessiva.

Ocorre que, no caso em tela, não houve cobrança da referida tarifa, conforme se infere das f. 67.

No caso em análise, observa-se que a instituição financeira cobrou tarifa de avaliação de bem, no valor de R$209,00 (duzentos e nove reais), bem como registro de contrato, no valor de R$55,66 (cinquenta e cinco reais e sessenta e seis centavos), não havendo, contudo, qualquer especificação acerca dos serviços prestados.

Devidamente intimada para esclarecer a questão, comprovando a efetiva prestação dos serviços (f. 185/187), nos termos da tese firmada no retromencionado paradigma, a instituição financeira, na petição de f. 282, limitou-se a sustentar a legalidade da cobrança das tarifas de registro de contato e de avaliação de bem.

Quanto à cobrança do registro de contrato, o referido valor é cobrado pelo Estado, através de seu órgão de trânsito, para inserir o gravame - alienação fiduciária - no prontuário do veículo dado em garantia do financiamento; embora o colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do retromencionado paradigma, tenha decidido pela legalidade da cobrança, ela está condicionada à comprovação da efetiva prestação do serviço.

No caso em estudo, não há, nos autos, cópia do documento do veículo, comprovando a inserção do gravame, razão pela qual não restou demonstrada a efetiva prestação do serviço, sendo, portanto, indevida a cobrança, tal como decido pelo magistrado de 1º grau.

No mesmo sentido, não foi trazido aos autos qualquer laudo ou avaliação que amparasse a cobrança da tarifa de avaliação de bem, razão pela qual deve ser reconhecida a irregularidade da referida cobrança.

SEGURO DE PROTEÇÃO FINANCEIRA.

Extrai-se do contrato que foi cobrado do ora recorrente pagamento da importância de R$371,93 (trezentos e setenta e um reais e noventa e três centavos), a título de seguro de proteção financeira.

Entretanto, a legalidade da referida cobrança condiciona-se à comprovação de que o consumidor tenha aderido aos termos e condições da apólice e que esta tenha sido efetivamente emitida.

Destarte, somente será admitida a cobrança do seguro se houver comprovação da existência do pacto acessório, capaz de evidenciar que a quantia despendida pelo contratante tenha sido destinada ao adimplemento de negócio jurídico subjacente, mediante a comprovação da emissão da respectiva apólice. Além do mais, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira, ou com seguradora por ela indicada.

No caso em estudo, não foi trazida aos autos a apólice alusiva ao seguro contratado, o que torna duvidoso o aperfeiçoamento da contratação, razão pela qual se revela abusiva a cobrança.

A questão foi analisada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento de recurso representativo de controvérsia, firmando-se as seguintes teses:

> Recurso especial repetitivo. Tema nº 972/STJ. Direito bancário. Despesa de pré-gravame. Validade nos contratos celebrados até 25/2/2011. Seguro de proteção financeira. Venda casada. Restrição à escolha da seguradora. Analogia com o entendimento da Súmula nº 473/STJ. Descaracterização da mora. Não ocorrência. Encargos acessórios. 1. Delimitação da controvérsia: Contratos bancários celebrados a partir de 30/4/2008, com instituições financeiras ou equiparadas, seja diretamente, seja por intermédio de correspondente bancário, no âmbito das relações de consumo. 2. Teses fixadas para os fins do art. 1.040, do CPC/2015: 2.1 - Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da despesa com o registro do pré-gravame, em contratos celebrados a partir de 25/2/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN nº 3.954/2011, sendo válida a cláusula pactuada no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva. 2.2 - Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada. 2.3 - A abusividade de encargos acessórios do contrato não descaracteriza a mora. [...]. (STJ - REsp nº. 1639320/SP; Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; *DJe* de 17/12/2018).

RESTITUIÇÃO EM DOBRO

Dispõe o parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor:*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*".

Na interpretação desse dispositivo legal, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça e deste egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais consolidou-se no sentido de que o consumidor deve ser ressarcido em dobro dos valores cobrados indevidamente, tão somente se comprovada a má-fé da parte da credora.A propósito:

> Agravo interno no agravo em recurso especial. Cobrança de serviços de telefonia não contratados. 1. Prazo prescricional trienal. Precedentes. 2. Má-fé não comprovada. Impossibilidade de devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente. Súmula nº 83 do STJ. 3. Dano moral não demonstrado. Modificação. Necessidade de reexame de fatos e provas. Óbice da Súmula nº 7/STJ. 4. Alegada ofensa ao art. 475-b, § 1º, do CPC/1973. Falta de prequestionamento. 5. Agravo interno desprovido. [...] 2. Outrossim, a jurisprudência da Segunda Seção desta Corte Superior entende ser impossível a restituição em dobro do indébito sem a prova de que a instituição financeira tenha agido de má-fé. [...] (AgInt no AREsp nº 708.688/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 19/5/2016, *Dje* de 31/5/2016)

Tendo em vista que não há comprovação de má-fé da instituição financeira, na cobrança dos valores contratualmente estabelecidos, compreendo que o acolhimento do pedido de restituição em dobro é inviável.

Com tais considerações, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, apenas para condenar a instituição financeira a restituir ao autor os valores cobrados a título de tarifa de avaliação de bem, no valor de R$209,00 (duzentos e nove reais), bem como seguro de proteção financeira, no valor de R$371,93 (trezentos e setenta e um reais e noventa e três centavos), corrigidos monetariamente a partir do desembolso e acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação.

O provimento do recurso, em pequeno aspecto, não alterou o panorama da sucumbência.

Fixo honorários recursais em R$200,00 (duzentos reais), observada a proporção da sucumbência determinada na sentença e salvaguardada a gratuidade de justiça concedida ao autor/apelante.

Votaram de acordo com o Relator o JUIZ CONVOCADO ROBERTO APOLINÁRIO DE CASTRO e O DESEMBARGADOR VICENTE DE OLIVEIRA SILVA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Embargos a execução - Preliminar de irregularidade da representação processual rejeitada - Planilha de cálculo - Indicação do valor principal executado e dos índices de juros e correção monetária utilizados - Exercício do contraditório e da ampla defesa - Possibilidade - Honorários advocatícios - Art - 85, do CPC/2015 - Sentença mantida - Recurso desprovido

- Não evidenciado prejuízo ao apelante e regularizada a representação processual, não há que se falar em nulidade a ser reconhecida.

- Tendo em vista que as informações constantes do cálculo apresentado pela exequente são suficientes para o embargante identificar a origem do índice de atualização utilizado, bem como a quantidade de meses a se aplicar o fator de correção e incidência de juros à base de 0,5%, verifica-se que a planilha está apta ao exercício do contraditório e da ampla defesa, devendo os embargos a execução ser julgado improcedente e a r. sentença mantida em seus exatos termos.

- Os honorários devem ser fixados nos termos do art. 85, §§ 3º e 4º, do CPC/2015.

- Preliminar rejeitada. Recurso desprovido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0347.15.001795-7/001 - Comarca de Jacinto - Apelante: Município de Jordânia - Apelada: Elizabete Bonfim Santos Figueiredo - Relatoar: DES.ª SANDRA FONSECA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de junho de 2019 - *Sandra Fonseca* - Relatora.

Voto

DES.ª SANDRA FONSECA - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Município de Jordânia em face da sentença proferida nos autos dos Embargos à execução opostos em face de Elizabete Bonfim Santos Figueiredo, que julgou improcedentes os embargos à execução, condenando o embargante no pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da causa, com fulcro no art. 85, §§ 3º e 4º, do CPC.

Preliminarmente, argui o apelante preliminar de irregularidade da representação processual da embargada, que juntou apenas cópia da procuração aos autos da execução.

Nas razões recursais de f. 29/32, o apelante sustenta que ao discorrer sobre a insubsistência da planilha o embargante em nenhum momento pretendeu ou discordou dos valores ali contidos, mas apenas questionou sobre a falta de informação da origem do índice de atualização utilizado e a quantidade de meses a se aplicar o fator de correção e incidência de juros à base de 0,5%, o que tornaria duvidoso o valor contido na planilha.

Contrarrazões apresentadas às f. 36/38.

Despacho proferido à f. 42 oficiando o digno Juízo de origem, para que envie cópias extraídas dos autos da execução.

Documentos colacionados às f. 48/51.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, quanto à preliminar de irregularidade da representação processual da embargada, o qual juntou apenas cópia da procuração aos autos da execução, sem razão ao apelante.

Isso porque, consoante disposto no art. 13, inciso I, do CPC/1973, atual art. 76, do CPC/2015, verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.

Na espécie, conforme o MM. Juiz observa na sentença, a embargada, ora apelada, sem que fosse intimada para proceder à regularização de sua representação, colacionou nos autos principais a procuração original, sanando o defeito apontado.

Desta forma, não evidenciado prejuízo ao embargante e regularizada a representação, não há que se falar em nulidade a ser reconhecida.

Portanto, rejeito a preliminar de irregularidade da representação processual da embargada, e passo à análise do mérito recursal.

Pois bem.

Consiste a controvérsia dos autos em verificar se nos cálculos apresentados pela exequente, f. 08, há como inferir a origem do índice de atualização utilizado e a quantidade de meses a se aplicar o fator de correção e incidência de juros à base de 0,5%.

Examinando os autos, constata-se que os funcionários públicos do Município de Jordânia ajuizaram ação de cobrança em face do Município em questão, alegando que não receberam seus vencimentos referentes aos meses de agosto e setembro de 2003 (autos nº 0347.05.002273-5), a qual foi julgada procedente, nos seguintes termos:

Ante o exposto, julgo procedente a pretensão inicial e extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Condeno o réu a pagar a cada um dos autores os vencimentos e proventos líquidos dos meses de agosto e setembro de 2003 atualizados monetariamente a partir da propositura da ação de acordo com os índices sugeridos pela tabela da Corregedoria Geral de Justiça de Minas Gerais, acrescidos de juros de mora de 0,5%

(meio por cento) ao mês, desde a citação, até o advento da Lei nº 11.960/2009, quando a correção passará a ser regida nos seus termos (f. 49/50).

Nesse sentido, depreende-se que a planilha de cálculo apresentada pela exequente observa a determinação contida na sentença e indica o valor principal e os índices de juros e correção monetária utilizados, juros de mora de 0,5% ao mês e correção monetária com incidência desde 01/2006 até 05/2009 e, a partir de 06/2009 a atualização e a incidência de juros nos termos da Lei 11.960/2009. Ao final da planilha consta, ainda, a informação de que ela se encontra atualizada até janeiro de 2015, f. 48.

Desta forma, evidencia-se que as referidas informações são suficientes para o embargante identificar a origem do índice de atualização utilizado, bem como a quantidade de meses a se aplicar o fator de correção e a incidência de juros à base de 0,5%, tornando a planilha apta ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Demais disso, importante destacar que a planilha de cálculos apresentada pela exequente, além de observar os índices de correção determinados na sentença, coaduna com a decisão do Supremo Tribunal Federal, que concedeu efeito suspensivo aos embargos declaratórios opostos pelos entes federativos estaduais no Recurso Extraordinário 870.947/SE, nos seguintes termos:

> [...] apresenta-se relevante a fundamentação expendida pelos entes federativos embargantes no que concerne à modulação temporal dos efeitos do acórdão embargado, mormente quando observado tratar-se a modulação de instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade de leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, como a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima.
>
> Encontra-se igualmente demonstrada, in casu, a efetiva existência de risco de dano grave ao erário em caso de não concessão do efeito suspensivo pleiteado.
>
> [...]
>
> Desse modo, a imediata aplicação do decisum embargado pelas instâncias a quo, antes da apreciação por esta Suprema Corte do pleito de modulação dos efeitos da orientação estabelecida, pode realmente dar ensejo à realização de pagamento de consideráveis valores, em tese, a maior pela Fazenda Pública, ocasionando grave prejuízo às já combalidas finanças públicas.
>
> Ex positis, defiro excepcionalmente efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos pelos entes federativos estaduais, com fundamento no artigo 1.026, § 1º, do CPC/2015 c/c o art. 21, V, do RISTF. Publique-se.
>
> Assim, com relação à correção monetária fixada em desfavor da Fazenda Pública, devem ter como índice, exclusivamente, os previstos na Lei nº 11.960/2009, tendo em vista o efeito suspensivo concedido nos Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário 870.947/SE, razão pela qual é de rigor o decote da correção pelo IPCA-E, a partir de 25/03/2015 [...].

Assim, de acordo com a mais atual decisão da corte Suprema, a correção monetária fixada em desfavor da Fazenda Pública deve ter como índice, exclusivamente, os previstos na Lei nº 11.960/2009, diante do efeito suspensivo concedido nos Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário 870.947/SE.

Por fim, no que tange à condenação do embargante, ora apelante, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, também sem razão o apelante.

Sabe-se que os honorários sucumbenciais são devidos na ação de Embargos à Execução, podendo cumular com os honorários da própria execução, desde que não ultrapassem o limite de 20% do valor da causa.

Acerca da matéria colaciono arresto do c. Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Recurso especial representativo da controvérsia. Art. 543-C do CPC e Resolução nº 8/2008 do STJ. Enunciado Administrativo nº 2/STJ. Execução de sentença contra a Fazenda Pública. Concomitância de embargos à execução. Autonomia relativa das ações. Arbitramento de honorários em cada uma delas. Possibilidade. Compensação das verbas honorárias. Impossibilidade. Recurso Especial provido. 1. O presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo nº 2/STJ, segundo o qual "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça". Teses jurídicas fixadas sob vigência do CPC/1973. 2. Os embargos do devedor são ação de conhecimento incidental à execução, razão porque os honorários advocatícios podem ser fixados em cada uma das duas ações, de forma relativamente autônoma, respeitando-se os limites de repercussão recíproca entre elas, desde que a cumulação da verba honorária não exceda o limite máximo previsto no § 3º do art. 20 do CPC/1973. 3. Inexistência de reciprocidade das obrigações ou de bilateralidade de créditos: ausência dos pressupostos do instituto da compensação (art. 368 do Código Civil). Impossibilidade de se compensarem os honorários fixados em embargos à execução com aqueles fixados na própria ação de execução. Solução do caso concreto 4. Possibilidade de cumulação da verba honorária fixada nos embargos à execução com a arbitrada na própria execução contra a Fazenda Pública, vedada a compensação entre ambas. 5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC/1973 c/c o art. 256-N do RISTJ. (REsp 1520710/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, j. em 18/12/2018, DJe de 2/4/2019, DJe de 27/2/2019).

Deste modo, em razão da improcedência dos embargos à execução opostos pela Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem ser arbitrados com base no valor da causa, em observância ao art. 85, §§ 3º e 4º, do CPC/2015, que assim dispõem:

> 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.
>
> § 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:
>
> I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

> II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;
>
> III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;
>
> IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;
>
> V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.
>
> § 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º :
>
> I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;
>
> II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;
>
> III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;
>
> IV - será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

Destarte, da leitura dos mencionados dispositivos extrai-se que, em regra, os honorários serão arbitrados com base no proveito econômico obtido e, não sendo possível mensurá-lo, deverão ter como fundamento o valor atribuído à causa.

Na hipótese dos autos, verifica-se que o d. Juízo sentenciante arbitrou os honorários advocatícios no importe de 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, que, *in casu*, perfaz a quantia de R$1.758,50 (mil setecentos e cinquenta e oito reais e cinquenta centavos), f. 06.

Portanto, não há que se falar em incorreção da r. sentença, tendo em vista que a planilha de cálculo apresentada pela exequente indica o valor principal e os índices de juros e correção monetária utilizados, tornando apto o exercício do contraditório e da ampla defesa, assim como o arbitramento da verba honorária observou aos critérios previstos no art. 85, §§ 3º e 4º, do CPC/2015.

Conclusão.

Com estes fundamentos, rejeito a preliminar e, no mérito, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, na forma da Lei.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES CORRÊA JUNIOR e YEDA ATHIAS.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível. Ação declaratória c/c indenização por danos morais. Filhos de falecido. Pretensão de declaração da qualidade de herdeiros e da condição de administradores dos bens da herança. Questões a serem decididas em inventário. Declaração da inexistência de união estável entre o pai falecido e a ré. Ausência de elementos suficientes. Pretensão de anulação de boletim de ocorrência de condenação da requerida a pagamento de danos morais por falsa imputação de crime. Improcedência. Entrada dos autores, sem permissão, no imóvel em que residia a requerida. Retirada de diversos bens móveis. Lavratura de B.O.. Exercício regular de direito. Responsabilidade civil não configurada. Ausente o dever de indenizar. Recurso não provido.

- O reconhecimento da qualidade de herdeiros e a atribuição da condição de administradores dos bens da herança devem ser discutidos na via própria, que é a ação de inventário.

- Impossível a declaração de ausência de união estável entre a ré e o falecido, pai dos autores, diante das contradições entre os depoimentos das testemunhas das partes, alguns no sentido de que o *de cujus* havia reatado com a ex-esposa antes de morrer, e outros dando conta de que ele nunca havia deixado a ré.

- Ao adentrarem no imóvel de propriedade do falecido, no qual a requerida residia, retirando do local diversos bens móveis, os autores deram causa à lavratura de B.O., tendo a requerida agido no regular exercício do seu direito, ao relatar os fatos à autoridade policial, a quem cabe apurar a existência de crime. Assim, ausente o ato ilícito atribuído à requerida, não há que se falar em dever de indenizar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0512.13.002413-0/001 - Comarca de Pirapora - Apelantes: Cássia Viviane da Silva, Sérgio Lúcio da Silva e Outros - Apelada: Marinalva Aparecida Santos Araújo - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de junho de 2019. - *Wagner Wilson Ferreira* - Relator.

Voto

DES. WAGNER WILSON FERREIRA - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Sérgio Lúcio da Silva e outros, contra a sentença de f. 116/119 que, nos autos da presente ação de indenização, ajuizada em face de Marinalva Aparecida Santos Araújo, julgou improcedente o pedido inicial, condenando os autores

ao pagamento de honorários advocatícios no valor de 11% (onze por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspensa a exigibilidade devido ao deferimento da justiça gratuita (art. 98, § 3º, do NCPC).

Nas razões recursais (f.121/130), os apelantes narram que a ré/apelada, em ocorrência policial, imputou-lhes, falsamente, o furto de dois veículos. Esclarecem que tais veículos, um carro e uma motocicleta, eram de propriedade de seu falecido pai e lhes foram atribuídos, após a partilha de bens, no acordo de separação firmado com a mãe dos requerentes. Alegam que, na qualidade de herdeiros, detinham a posse e administração dos bens do falecido, inclusive a chave da casa, de onde foram retirados os bens. Frisam que, ao contrário do que entendeu a juíza sentenciante, a apelada não convivia em união estável com o pai dos apelantes quando este faleceu. Alegam que o dano moral decorrente da falsa imputação de crime é inequívoco e passível de indenização. Pediram a reforma da sentença.

A apelada apresentou contrarrazões às f. 132/144, pugnando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Passo a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Não havendo preliminares a decidir, passo ao exame do mérito.

Conforme relatado, os apelantes, Sérgio Lúcio da Silva e Cássia Viviane da Silva, ajuizaram a presente ação declaratória, c/c indenização, contra Marinalva Aparecida Santos Araújo, ao fundamento de que sofreram danos morais pelo fato de a ré ter atribuído a eles, falsamente, em ocorrência policial, o furto de um carro e uma motocicleta. Afirmaram que os bens eram de propriedade de seu falecido pai, Adão Pereira da Silva, e que buscaram os veículos na qualidade de herdeiros, em uma casa de propriedade do pai, que não mais vivia com Marinalva, já que havia reatado sua relação com a ex-esposa.

Pediram: a) a declaração da existência da relação jurídica entre os requerentes e o falecido, Adão, com o reconhecimento de que os bens do *de cujus* deverão permanecer na posse dos autores, até conclusão do inventário; b) declaração de que a requerida não tem qualquer relação jurídica com o falecido ou os autores, não tendo direito à posse e administração dos bens; c) anulação do registro policial feito pela requerida; d) condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de 100 (cem) salários mínimos.

Em contrapartida, a requerida sustentou, na contestação, que vivia em união estável com o pai dos autores, até o falecimento deste, e que os filhos, apenas por serem herdeiros do falecido, não tinham o direito de invadirem sua casa para subtraírem os veículos.

Pois bem.

Os autores trouxeram aos autos o Boletim de Ocorrência, lavrado em 21/2/2013, em que Marinalva Aparecida Santos Araújo relatou que, na data de 19/2/2013, por volta das 17 (dezessete) horas, ausentou-se de sua residência e, quando retornou, percebeu que haviam sido furtados vários materiais e objetos, inclusive documentos pessoais. Disse ainda que os autores do furto foram as pessoas de Sérgio e Cássia, filhos do seu

companheiro, que havia falecido em 12/2/2013. Entre os bens arrolados estão eletrodomésticos, documentos pessoais de Adão Pereira da Silva, o automóvel Fiat Uno 1996, placa XXXXXXX e uma motocicleta Honda XR 200R 2000/2001, placa XXXXXXX.

Comprovaram, por meio das certidões de f. 10/13, que são filhos de Vera Lúcia de Paula Silva e Adão Pereira da Silva, tendo o último falecido em 12/2/2013, deixando bens.

Às f. 15/16, consta um acordo de separação, firmado por Adão e Vera Lúcia, em agosto de 2007, em que ficou para o varão um automóvel Fiat Uno 1996, placa XXXXXXX e uma motocicleta Honda XR 200R 2000/2001, placa XXXXXXX.

Os Certificados de Registro e Licenciamento dos aludidos veículos, referentes ao exercício 2012, dão conta de que estes eram mesmo de propriedade de Adão (f. 13/14).

Foi juntado, às f. 25/27, um Boletim de Ocorrência, no qual Sérgio Lúcio da Silva relatou ter estacionado a motocicleta Honda XR 200R 2000/2001, placa XXXXXXX, em frente à sua residência, mas o veículo foi apreendido por constar no sistema uma queixa de furto.

A casa de onde os autores retiraram os veículos, situada à Rua XX, nº XX, no Bairro XXXXX XXXXXXX, foi adquirida por Adão em maio de 2007. No contrato de compromisso de compra e venda, consta como comprador o sr. Adão e como testemunha a requerida Marinalva (f. 18).

A conta de energia do imóvel está em nome da ré (f. 54).

Em audiência de instrução, foram ouvidas testemunhas de ambas as partes:

Testemunhas dos autores:

Carlos Wanderson Gonçalves Miranda disse, à f.95, que:

> foi vizinho da mãe dos autores, dona Vera, desde o ano de 2011 até o início de 2015; que conheceu o falecido, senhor Adão Pereira da Silva; que desde que mudou para Pirapora conheceu dona Vera e Adão como sendo marido e mulher; que tal fato persistiu até o óbito de Adão; que tomou conhecimento a respeito da existência do imóvel de Adão situado no conjunto habitacional Santa Mariana depois de seu falecimento; que os autores procuraram o depoente e solicitaram a sua companhia para que os acompanhassem até o referido imóvel, a fim de buscarem objetos de propriedade do pai deles, Adão; que o depoente acompanhou os autores até o local, juntamente com sua esposa; que os autores retiraram todos os objetos que encontravam no imóvel, inclusive uma moto e um carro Fiat Uno [...]; que o depoente chegou no local pela manhã e saiu de lá na hora do almoço; que durante esse período ninguém apareceu no local para reivindicar a pose ou propriedade dos bens; que os autores tinham as chaves do imóvel [...]; que os autores disseram para o depoente que a casa do Santa Mariana era de Adão e que ele chegou a morar lá; que Adão morou nesse local depois de se separar da dona Vera; que quando conheceu Adão não sabia que ele era separado da dona Vera pois ele sempre estava na casa dela; que pelo que soube, Adão e Vera ficaram separados por um período e depois se reconciliaram; que a aparência da casa era de que ainda estava sendo habitada [...].

Rita de Cássia Santos Fernandes depôs, à f. 96, que:

> é vizinha da mãe dos autores há mais de oito anos; [...] que quando Adão faleceu morava com dona Vera; que tem conhecimento de que Vera e Adão se separaram, porém depois de um tempo retomaram o relacionamento; [...] que ficou sabendo que Adão tinha uma casa no conjunto Santa Mariana apenas

> depois de seu falecimento; que ouviu comentários de que os autores foram até essa casa para pegar o carro do pai deles; que Adão tinha uma moto [...].

Maria de Jesus Soares Queiroz disse, à f.97, que:

> é vizinha de dona Vera há 35 (trinta e cinco) anos; [...] que quando Adão faleceu vivia com Vera; que quando ficou sabendo que Vera e Adão tinham se separado, já estavam se reconciliando e ele retornando para a casa dela; que a reconciliação aconteceu bastante tempo antes do falecimento dele, aproximadamente três anos; [...] que tem conhecimento de que Adão tinha um imóvel no conjunto habitacional Santa Mariana; que os autores contaram para a depoente que foram até essa casa e tiraram de lá os objetos que se encontravam no local, inclusive uma moto e um carro, que eram de Adão [...].

Testemunhas da ré:

Antônio Costa Perez, à f.98, declarou que:

> há quatorze anos conhece a requerida como sendo companheira de Adão; que eles se apresentavam como sendo um casal; [...] que Adão passou a viver com a requerida na casa de Santa Mariana entre 2006 e 2007; [...] que Adão sempre falou que um dia ia se casar com a requerida mas não informou porque não casou; que Adão falava para o depoente que não tinha intenção de retomar o relacionamento com a ex-esposa; que Adão falava que iria comprar uma casa junto com a requerida, contudo não sabe informar se essa casa é a situada no Santa Mariana; [...] que depois da morte de Adão o depoente não viu mais a requerida na casa; que viu um caminhão em frente a casa carregando uma mudança; que não viu ninguém questionando o fato de estar sendo carregada a mudança [...].

No depoimento de f. 99, Maria Madalena dos Santos Oliveira disse:

> que presenciou a requeria junto com Adão; [...] que não se recorda ao certo a data que viu os dois juntos, porém acredita que foi no ano de 2008; que ele comentava para a depoente que morava com a requerida; que a requerida era apresentada pelo depoente como namorada; que não sabe informar se Adão mantinha um relacionamento com a ex-mulher; que eles moravam no conjunto Santa Mariana; que Adão comentou com a depoente que a requerida o ajudou a comprar uma casa; que Adão não disse que casa era essa [...].

Deives Ferreira de Freitas depôs, à f. 100:

> que no ano de 2003 ou 2004 Adão apresentou a requerida ao depoente como sendo sua namorada; que nessa época Adão estava em processo de separação; que no ano de 2006 ou 2007 Adão falou para o depoente que ele e a requerida compraram uma casa e estavam morando juntos; que esta situação permaneceu até Adão falecer [...].

Primeiramente, quanto ao pedido de reconhecimento da relação jurídica dos autores com o falecido, Adão, esta decorre da própria filiação. Já a qualidade de herdeiros, em relação aos veículos, esta deve ser apurada em ação de inventário.

Há que se ressaltar, ainda, que, apesar de a herança ser transmitida automaticamente aos herdeiros (art.1784, do Código Civil), há que ser observado o disposto no art.1791, do Código Civil:

> Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.
>
> Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

Quanto à administração dos bens, esta é regida pelo art.1797 do Código Civil e é definida também nos autos do inventário (art.1796).

Confira-se:

> Art. 1.796. No prazo de trinta dias, a contar da abertura da sucessão, instaurar-se-á inventário do patrimônio hereditário, perante o juízo competente no lugar da sucessão, para fins de liquidação e, quando for o caso, de partilha da herança.
>
> Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente:
>
> I - ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;
>
> II - ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho;
>
> III - ao testamenteiro;
>
> IV - a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz.

Entendo que também não há como se reconhecer, nos autos desta ação, a inexistência de união estável entre Adão e a requerida, quando do falecimento deste.

É que tal circunstância, até mesmo em virtude da contradição entre os depoimentos colhidos (alguns dando conta de que Adão estava reconciliado com a ex-esposa e outros de que continuava com a ré), demandaria prova mais robusta.

Frise-se que, a meu ver, tampouco seria possível reconhecer o contrário (a existência da união estável com a ré), pois, além da fragilidade da prova, não foi tal reconhecimento objeto de pedido.

No entanto, não se pode ignorar, por ter restado incontroverso, que Adão esteve separado de Vera e, durante esse período, adquiriu um imóvel no conjunto Santa Mariana, em que residiu com a requerida Marinalva, que permaneceu no local.

Assim, mesmo sendo os filhos, Sérgio e Cássia, herdeiros dos veículos adquiridos por Adão, antes de se separar judicialmente de Vera e se envolver com Marinalva, há que se ponderar que o imóvel do conjunto Santa Mariana, adquirido depois, estava ocupado pela requerida, independentemente de qualquer título, com anuência de Adão, conforme se depreende da prova testemunhal.

A testemunha Carlos Wanderson Gonçalves Miranda disse, à f. 95, que, quando ele e os autores estiveram no imóvel, ele parecia habitado. As testemunhas Deives Ferreira de Freitas e Antônio Costa Perez confirmaram que a ré ali residia quando Adão faleceu e, inclusive, a conta de luz estava em nome dela.

No mais, vê-se que a requerida, ao afirmar sua condição de companheira do sr. Adão, ao tempo do falecimento, defende a existência de união estável para fins sucessórios, inclusive em relação à casa em que residia, onde os veículos haviam sido deixados por Adão.

Assim, diante da conhecida controvérsia, os autores deveriam ter recorrido às vias próprias para buscar os bens que entendiam lhes pertencer por direito, e não adentrar no imóvel à revelia da requerida, durante sua

ausência, levando os veículos e, conforme constou do Boletim de Ocorrência, eletrodomésticos e outros bens móveis que guarneciam a residência.

Agindo de modo diverso, deram causa à lavratura do B.O., tendo a requerida agido no regular exercício do seu direito, quando relatou os fatos à autoridade policial competente para apurar a existência de crime.

Logo, não restam demonstrados os requisitos da responsabilidade civil (art.186 do Código Civil), em especial a conduta ilícita atribuída à ré, pelo que não há que se falar em dever de indenizar.

Conclusão.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.

Custas recursais pelos apelantes.

Majoro os honorários fixados na primeira instância em 5% (cinco por cento), conforme determina o art.85, § 11, do CPC. Fica suspensa a exigibilidade de tais verbas, em razão da gratuidade de justiça.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BITENCOURT MARCONDES e LEITE PRAÇA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Cível - Inventário - Suposta herdeira - Reconhecimento de maternidade socioafetiva - Reserva de quinhão - Possibilidade

- Intentada ação de investigação de maternidade sócioafetiva, é prudente a medida acauteladora de reserva de quinhão, suficiente à garantia da quota-parte do investigante.

- É necessário resguardar o direito sucessório da postulante na eventual procedência de ação de investigação de maternidade sócioafetiva.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0534.18.002440-6/001 - Comarca de Presidente Olegário - Apelante: M.L.C.A. - Interessado: Espólio de M.G.A.F. - Relator: DES. RENATO DRESCH

Acórdão

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

Belo Horizonte, 6 de junho de 2019 - *Renato Dresch* - Relator.

Voto

DES. RENATO DRESCH - Trata-se de recurso de apelação aviado por M.L.C.A., contra sentença prolatada pelo Juiz Manoel Carlos de Gouveia Soares Neto, da Comarca de Presidente Olegário, que nos autos do inventário dos bens deixados pelo falecimento de M.G.A.F., julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, CPC/2015 diante da ausência de legitimidade da autora para propor o inventário.

Na inicial, a autora alegou ser filha afetiva da falecida, por quem foi criada desde os quatro anos de idade, alegando que a falecida não deixou filhos legítimos, afirmando ter ajuizado ação de reconhecimento de maternidade socioafetiva *post mortem* c/c pedido de herança, relacionando os dois imóveis de propriedade da falecida, requerendo a abertura do inventário, nomeando-a como inventariante.

Por sentença de f. 28, foi julgado extinto o processo, sem resolução do mérito, ao fundamento de que a ação de investigação de maternidade socioafetiva ainda não foi julgada, e, ainda, que existem informações de que a falecida deixou irmãos colaterais.

Inconformada, recorreu a autora, pelas razões de f. 30/42, requerendo seja reconhecida como inventariante, prosseguindo-se o processo de inventário.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Quanto ao inventário, leciona Salomão de Araujo Cateb,

> Inventário é arrecadação dos bens deixados pelo *de cujos*, chamamento de todos os herdeiros para a participação desse procedimento, apuração do imposto a pagar pela transferência desses bens, em virtude da morte, e partilha aos novos titulares, quer por força da sucessão legítima, quer pelas disposições de última vontade, manifestadas em testamento pelo falecido (*Direito das sucessões*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 321).

O processo de inventário deve primar pela celeridade, exatamente porque o seu objetivo é meramente operacionalizar o levantamento do acervo hereditário e a formalização na transferência dos bens e haveres, concretizando seu objetivo de extinguir o estado de comunhão vigorante no espólio, com rapidez e efetividade, de maneira a respeitar os interesses dos herdeiros, do fisco, dos credores e demais interessados.

O inventário consiste na atividade processual de descrição detalhada de toda a herança, de forma a individualizar todos os bens que formam o acervo patrimonial do *de cujus*, constituindo um procedimento especial, ao qual deve se dar celeridade, já que tem finalidade determinada, quando, partindo-se do fato certo da morte de alguém, arrola-se o conjunto de seus bens e seus débitos, seguindo-se a avaliação dos bens e apurada a qualidade de quem é titular de direito hereditário, recolhendo-se os tributos incidentes sobre a transmissão, pagam-se as dívidas do falecido, se existentes, e, a seguir, divide-se o patrimônio líquido, na partilha, entre os que tenham direito de recebê-lo, por força da sucessão.

Não se olvida que filho é herdeiro necessário e, portanto, tem que ser habilitado no inventário.

Ocorre que há, no presente caso, uma peculiaridade.

É que o pedido de inclusão da apelante, na condição de filha afetiva da falecida, foi feito mediante o argumento de que já teria sido ajuizada ação de reconhecimento de maternidade socioafetiva *post mortem*.

De fato, à míngua da juntada da petição inicial da referida ação no presente feito, em consulta ao andamento processual, infere-se que se encontra em tramitação, com audiência de instrução e julgamento designada para 24/7/2019.

Desse modo, o que se pode concluir, no mínimo, é que paira dúvida acerca da condição de filha afetiva da apelante em relação à falecida e, portanto, da sua qualidade de herdeira.

Dentre as disposições gerais acerca do inventário, estabelece o CPC/2015:

> Art. 612. O juiz decidirá todas as questões de direito desde que os fatos relevantes estejam provados por documento, só remetendo para as vias ordinárias as questões que dependerem de outras provas.

Na ação de inventário não se discute o que o CPC/2015 trata como sendo "questões que dependerem de prova" (CPC/2015, art. 612) - o CPC/1973 chamava de "alta indagação" (CPC/1973, art. 984).

O que se extrai é que o juiz do inventário decidirá as questões de direito, ou seja, aquelas que não dependem de provas, de modo que nem todas as questões podem ser resolvidas no inventário. É o que lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> 3. Vias ordinárias. Há questões de fato que demandam dilação probatória e exigem, por isso, processo à parte, no qual possam ser dirimidas. Essas devem tramitar perante o juízo competente, em rito próprio, com ampla cognição... (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.439).

Neste sentido já decidiu esta 4ª Câmara:

> Direito das sucessões. Direito processual civil. Apelação. Habilitação de crédito em inventário. Necessidade de dilação probatória. Remessa às vias ordinárias. Artigo 612 do Código de Processo Civil. Julgamento nos autos do inventário. Impossibilidade. Condenação em honorários advocatícios. Impossibilidade. Recurso parcialmente provido. - Em se tratando de questões que dependam da produção de outras provas, além das documentais, impõe-se a remessa às vias ordinárias, nos termos do art. 612 do Código de Processo Civil. - Em incidente processual, o juiz deve limitar-se a condenar o vencido apenas ao pagamento das despesas, conforme interpretação do art. 85, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil (Apelação Cível nº 1.0439.16.002786-8/001, Rel. Des. Moreira Diniz, 4ª Câmara Cível, j. em 25/5/2017, p. em 14/6/2017).

É insofismável que a apelante ainda não foi reconhecida como filha afetiva da falecida.

No entanto, nada impede que seja procedida a reserva de quinhão em favor da apelante nos autos do inventário, até a resolução da questão investigatória de maternidade, uma vez que lhe pode ser atribuída a condição de herdeira, caso procedente o pedido.

É inegável que o pedido de reserva de bens, no bojo do inventário, constitui medida adequada para fins de assegurar eventual quinhão hereditário que venha a investigante a ser reconhecida como titular, por ocasião do julgamento da investigatória de maternidade sócioafetiva.

A respeito, oportuno transcrever a lição de Nelson Nery Júnior:

> 3. Reserva de quinhão . Visa evitar prejuízo para o postulante preterido no inventário e que litiga com os herdeiros do *de cujus*, na defesa de seu quinhão. [...] (JÚNIOR. Nelson Nery. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 11. ed. rev. ampl. e atual. até 17/2/2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.255).

Este Tribunal de Justiça já decidiu:

> Agravo de instrumento. Inventário. Reserva de bens para resguardar direitos de eventual herdeiro. Possibilidade. Plano de partilha. Homologação. Vigência do princípio dispositivo. - A existência de credores do espólio não impedirá a homologação da partilha ou da adjudicação, se forem reservados bens suficientes para o pagamento da dívida. É possível a determinação da reserva de bens para assegurar quinhão de eventual herdeiro, cuja filiação está sendo demandada em ação de investigação de paternidade. Precedentes do STJ. Pelo princípio dispositivo, não cabe ao Julgador agir de ofício, quando o ato depende da provocação da parte. Recurso conhecido e provido (Agravo de Instrumento Cível nº 1.0344.10.006349-6/002, Rel.ª Des.ª Albergaria Costa, 3ª Câmara Cível, j. em 2/9/2016, publicação da súmula em 4/10/2016).

Nesse cenário, a eventual procedência do pedido investigatório, sem a reserva de bens suficientes para assegurar o quinhão da herdeira cuja filiação está sendo discutida em ação própria, conduziria à nulidade da partilha no inventário, em razão da preterição de herdeira necessária, e, consequentemente, à necessidade de nova partilha, contemplando a preterida – não se descurando de que, não raras vezes, os demais herdeiros se desfazem dos bens e direitos inicialmente transmitidos, tornando dificultosa a recomposição do acervo hereditário.

O prejuízo daí decorrente é certamente maior do que o mero inconveniente de relegar à sobrepartilha os bens que haviam sido reservados, na hipótese de ser julgado improcedente o pedido investigatório.

Nesse contexto, revela-se prudente determinar a reserva de bens, pois não há perigo de dano para o espólio ou os outros herdeiros, se existirem, mas apenas para a requerente da reserva de quinhão. Se, por um lado, esta pode vir a ser privada de seu quinhão, é bem verdade que basta a improcedência da investigatória para liberar essa parte para os demais. Por outro lado, a partilha antes de eventual procedência da investigatória, sem que se tenha a reserva de bens, provocará a restituição das partes ao estado anterior com as responsabilidades legais daí decorrentes, o que provocaria ainda maior constrangimento para os herdeiros já reconhecidos. Busca-se, assim, preservar o estado das coisas, a bem de todas as partes.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, para que seja reservado o quinhão hereditário em favor da apelante, nos autos do inventário da falecida, até que seja resolvida a questão relacionada à investigação de maternidade socioafetiva.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES KILDARE CARVALHO e MOREIRA DINIZ.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível. Ação ordinária. Falha na prestação de serviços. Empréstimo consignado. Desconto indevido. Repetição do indébito. Dano moral configurado

- Nos termos do art. 14, do CDC, por ser objetiva a responsabilidade do prestador de serviço, como na espécie em julgamento, responde pelos danos causados ao consumidor, independentemente de culpa.

- Deve ser declarada a inexistência de relação jurídica entre as partes quando comprovado que a contratação foi realizada por terceiros.

- A possibilidade de indenização deve decorrer da prática de um ato ilícito, que é considerado como aquela conduta que viola o direito de alguém e causa a este um dano, que pode ser material ou exclusivamente moral.

- O fato de terem sido efetuados descontos indevidos em importe considerável, no benefício previdenciário da parte, é capaz de gerar danos de ordem moral, na medida em que causa aflição e sofrimento exacerbados, mormente por representar o valor mais de 15% (quinze por cento) da parca renda mensal, ficando o autor privado de parte de seus rendimentos por longo período.

- A fixação dos danos morais deve ser segundo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser em valor irrisório, tampouco fonte de enriquecimento sem causa, exercendo função reparadora do prejuízo e de prevenção da reincidência da conduta lesiva.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0718.13.002466-1/001 - Comarca de Virginópolis - Apelante: Geraldo José de Moura - Apelado: Banrisul - Banco do Estado do Rio Grande Do Sul S/A - Relator: DES. MARCO AURELIO FERENZINI

Acórdão

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

Belo Horizonte, 6 de junho de 2019 - *Marco Aurélio Ferenzini* - Relator.

Voto

DES. MARCO AURELIO FERENZINI (RELATOR) - Trata-se de recurso de apelação cível, interposto por Geraldo José de Moura contra a sentença de f. 193/194, proferida nos autos da ação ordinária, ajuizada em face de Banrisul - Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A, pela qual o juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido inicial e condenou o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, suspensa a exigibilidade por ser beneficiário da gratuidade de justiça.

O autor, ora apelante, alega que foi vítima de fraude, sendo falsa a documentação pessoal juntada pelo réu. Afirma que a assinatura aposta no contrato não é sua. Requer a reforma da sentença para que seja julgado procedente o pedido inicial.

Contrarrazões apresentadas às f. 115/117.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Publicada a sentença, em 30/1/2019 (f. 106), apelação protocolizada em 12/2/2019 (f. 106), sem preparo, por ser o apelante beneficiário da gratuidade de justiça. Conheço do recurso, por presentes os requisitos de admissibilidade, e, nos termos do art. 1.012 do CPC, recebo-o com efeito suspensivo.

MÉRITO.

Geraldo José de Moura ajuizou a presente ação em face de Banrisul - Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A, aduzindo que foi feito um empréstimo consignado em sua folha de pagamento, o qual desconhece. Assim, requereu a declaração de nulidade do contrato, a restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente, bem como indenização por danos morais.

Tendo em vista que a lide envolve discussão de falha na prestação de serviços, as normas do Código de Defesa do Consumidor devem ser aplicadas aos conflitos envolvendo usuário de serviços e instituição financeira, já que se encaixam nos conceitos de consumidor e fornecedores, respectivamente.

Não resta dúvida de que a atividade desempenhada pelo apelado está inserida no conceito de "serviços", de que trata o § 2º, do art. 3º, do CDC: "*§ 2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*"

Logo, inegável a aplicação das normas do CDC à hipótese dos autos. Tratando-se de relação de consumo, o CDC (art. 14), estabelece a responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviço pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.

Assim, nos termos do art. 14, do CDC, por ser objetiva a responsabilidade do prestador de serviço, como na espécie em julgamento, responde pelos danos causados ao consumidor, independentemente de culpa.

No caso, o banco réu juntou aos autos a documentação de f. 61/65, para comprovar a regularidade da contratação, mas, de uma simples análise, verifica-se a discrepância entre a assinatura do autor nos documentos que acompanham a inicial e aquela lançada no contrato, objeto da lide, e na carteira de identidade utilizada para firmar o pacto.

Assim, não há dúvidas de que o contrato foi celebrado por terceiro estranho à lide, tendo o autor sido vítima de fraude, razão pela qual deve ser declarada a nulidade da avença, com a consequente restituição dos valores descontados diretamente no benefício previdenciário do autor.

Sobre a forma de restituição, se na forma simples ou em dobro, determina o enunciado do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.
>
> Parágrafo único. 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.

Para ocorrer à restituição em dobro dos valores cobrados, deve estar demonstrado que a cobrança se deu em virtude de ato praticado com má-fé, o que no caso não se verifica, razão pela qual a repetição do indébito deverá ser realizada na forma simples.

Quanto ao dano moral, sabe-se que este decorre de violação a atributos inerentes ao direito da personalidade, causando abalo, constrangimento, vexame, humilhação, aflição, sofrimento.

Acerca do tema, Sérgio Cavalieri Filho leciona:

> Só deve ser reputado como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento, a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, ao 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 indenização por triviais aborrecimentos. (*Programa de Responsabilidade Civil*. 5 ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 76).

Na hipótese, o fato de terem sido efetuados aproximadamente 58 (cinquenta e oito) descontos indevidos no importe de R$156,00 (cento e cinquenta e seis reais), no benefício previdenciário do autor, inicialmente de apenas R$908,00 (novecentos e oito reais), é capaz de gerar danos de ordem moral, na medida em que causa aflição e sofrimento exacerbados, mormente por representar o valor mais de 15% (quinze por cento) da renda mensal quando iniciados os débitos, ficando o apelante privado de parte de seus rendimentos por longo período.

Assim sendo, não há dúvidas de que a realização dos descontos foi capaz de causar ao autor dano moral passível de indenização, face à angústia e aflição exacerbadas decorrentes da privação de seus rendimentos por quase 5 (cinco) anos.

Quanto à fixação do valor da indenização, cumpre destacar que não existe parâmetro objetivo para se aferir e quantificar o abalo psíquico sofrido pela vítima de danos na sua esfera moral, sendo que o valor da indenização deve atender às circunstâncias do caso concreto, não podendo ser irrisório a ponto de nada representar ao agente que sofre a agressão, assim como não pode ser elevado a ponto de propiciar enriquecimento sem causa.

Dessa forma, diante das especificidades do caso concreto e, ainda, atentando-se aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, tem-se o valor da indenização deve ser fixado em R$15.000,00 (quinze mil reais), pois se mostra razoável e apto a compensar o autor pelos danos suportados.

Em relação aos encargos advindos da condenação, sabe-se que os juros de mora e a correção monetária constituem matéria de ordem pública e aplicar, alterar ou modificar seu termo inicial, de ofício, não configura julgamento *extra petita*, nem *reformatio in pejus*.

Nesse sentido, já se pronunciou o STJ:

> Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Ação indenizatória por danos morais e materiais. Casamento desfeito. Fixação, de ofício, por esta corte do termo inicial dos juros de mora. Súmula nº 54/STJ. Recurso provido. - Os juros de mora constituem matéria de ordem pública, de modo que aplicar, alterar ou modificar seu termo inicial, de ofício, não configura julgamento *extra petita* nem *reformatio in pejus*, quando já inaugurada a competência desta Corte Superior. - Agravo interno a que se dá provimento para fixar os juros de mora nos termos da Súmula 54/STJ.(AgInt nos EDcl no REsp nº 1652981/MG, Rel. Min. Lázaro Guimarães (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Quarta Turma, j. em 5/6/2018, *DJe* 13/6/2018).

A correção monetária não constitui acréscimo pecuniário à dívida, mas apenas fator que garante a restituição integral do valor devido, fazendo frente aos efeitos da passagem do tempo.

Tratando-se de dano material, para que a devolução se opere de modo integral, a incidência da correção monetária, deve ter por termo inicial o momento dos respectivos desembolsos, e os juros devem incidir a partir da citação, nos termos do art. 405, do CC, que é o momento em que o devedor é constituído em mora.

Tratando-se de dano moral, a correção monetária incide a partir da fixação do *quantum* indenizatório, ou seja, a partir da publicação deste acórdão, nos termos da Súmula nº 362, do STJ, e os juros de mora são devidos desde o evento danoso, de acordo com a Súmula nº 54, do STJ, por se tratar de responsabilidade extracontratual.

DISPOSITIVO.

Diante do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para julgar parcialmente procedente o pedido inicial e condenar o réu:

- a restituir na forma simples todos os valores indevidamente debitados do benefício previdenciário do autor, com correção monetária a partir de cada desconto e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação;

- ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R$15.000,00 (quinze mil reais), com correção monetária a partir da publicação deste acórdão e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde o primeiro desconto indevido.

Condeno o réu ao pagamento das custas e despesas processuais de ambas as instâncias, bem como honorários advocatícios, os quais, a teor do art. 85, §§ 2º e 11º, do CPC (Lei nº 13.105/2015), fixo em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação (art. 85, § 2º do novo CPC), tendo em vista o trabalho desenvolvido pelo advogado da parte autora no presente feito e o tempo despendido na demanda.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VALDEZ LEITE MACHADO e EVANGELINA CASTILHO DUARTE.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Remessa necessária/Apelaçao cível. Ação civil pública. Exame de sangue cariótipo banda G. Constitucional. Direito à saúde e existência digna. Responsabilidade solidária dos entes da federação. IRDR. Recurso repetitivo. Sentença confirmada na remessa necessária. Recurso voluntário prejudicado

- No exame do IRDR nº 1.0000.15.035947-9/001, 1ª Seção Cível do TJMG, Rel. Des. Luís Carlos Gambogi, firmou-se a tese no sentido da competência absoluta das Varas da Infância e da Juventude para as ações que compreendam o fornecimento de medicamentos e tratamentos (saúde) para menores.

- Não fosse a ressalva inicial da possibilidade de decisão em tutela de urgência, o STJ estabeleceu no REsp 1.657.156 a modulação dos efeitos para considerar que os critérios e requisitos estipulados serão exigidos para os processos que forem distribuídos a partir da conclusão do julgamento.

- Conforme Tema Repetitivo 766, o Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos mesmo que seja em favor de beneficiários individualizados.

- A União, os Estados, o Distrito Federal e Municípios são, isolada ou cumulativamente, legitimados passivos solidários para as ações envolvendo o direito à saúde (STF-AI 817241, RE 271.286 - Agr., RE 411.557, RE 342.413 e, dentre outros, o AI 452.312).

- O direito à saúde e vida se sobrepõe a qualquer outro valor, inaplicáveis quaisquer teses relativas à falta de previsão orçamentária e escassez de recurso que não podem servir de pretexto para negar o direito à saúde e à vida, garantidos no plano constitucional.

- Recurso não provido..

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0687.17.002705-0/001 - Comarca de Timóteo - Remetente: Juiz de Direito da Vara Criminal e da Infância e da Juventude da Comarca de Timóteo - Apelante(s): Estado de Minas Gerais - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Interessado: Samuel Batista da Silva Santos - Relator: DES. AUDEBERT DELAGE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em CONFIRMAR A SENTENÇA NA REMESSA NECESSÁRIA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 25 de junho de 2019 - *Audebert Delage* - Relator.

Voto

DES. AUDEBERT DELAGE - Trata-se de remessa necessária e de recurso de apelação interposto pelo Estado de Minas Gerais contra a sentença de f. 39/41 e v. que, nos autos de ação civil pública proposta pelo

Ministério Público de Minas Gerais, julgou procedente o pedido para determinar o fornecimento ao menor S.B.S do procedimento adequado e indicado para o seu tratamento, fixando pena de multa diária no valor de R$1.000,00, limitada a R$50.000,00, para o caso de não cumprimento da decisão judicial.

Defende que o processo deveria ficar suspenso por força do IRDR nº 1.0000.15035947-9/001 em que se debate a incompetência da Vara da Infância e Juventude, além dos termos do REsp 1.657.156, afetado pelo STJ, estendendo-se à decisão que antecipou os efeitos da tutela.

Afirma que a inadequação da ação civil pública para promover a defesa de natureza individual além da ilegitimidade ativa do Ministério Público.

Salienta que a decisão desconsidera a politica pública que adotou ao instituir a Programação Pactuada Integrada (PPI) e a Central de Regulação Assistencial.

Contrarrazões (f. 64/70).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela rejeição das prefaciais e pelo não provimento do recurso (f. 76/78).

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

As prefaciais devem ser rejeitadas.

Observe-se, de início, que no IRDR nº 1.0000.15.035947-9/001, 1ª Seção Cível do TJMG, Rel. Des. Luís Carlos Gambogi, firmou a tese no sentido da competência absoluta das Varas da Infância e da Juventude para as ações que compreendam o fornecimento de medicamentos e tratamentos (saúde) para menores.

De outro lado, no REsp nº 1.657.156/RJ, Não fosse a ressalva inicial da possibilidade de decisão em tutela de urgência, o STJ estabeleceu a modulação dos efeitos para considerar que os critérios e requisitos estipulados serão exigidos para os processos que forem distribuídos a partir da conclusão do julgamento.

De resto, conforme Tema Repetitivo 766, o Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos mesmo que seja em favor de beneficiários individualizados.

Rejeito.

No mais, no caso, a relevância da fundamentação está amparada pelo dever do Estado zelar pela saúde, com base nas disposições constitucionais pertinentes - art. 196 e seguintes da CF.

Como delineou o STF, há reconhecimento de inaplicabilidade da questão da reserva do possível, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (*RTJ* 200/191-197) [STA 223 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 14/4/2008, *DJe* de 9/4/2014].

O direito à saúde e vida sobrepõe-se a qualquer outro valor, o que afasta, igualmente, quaisquer teses relativas à falta de previsão orçamentária e escassez de recursos.

Eventuais limitações ou dificuldades financeiras não podem servir de pretexto para negar o direito à saúde e à vida, garantidos no plano constitucional, sendo que as normas protetivas da Fazenda Pública não podem prevalecer ante as garantias fundamentais constitucionalmente previstas.

O direito à vida – e, por consequência, à saúde – é o primeiro dos direitos assegurados pela CF, o que afasta, igualmente, quaisquer teses relativas à previsão orçamentária e escassez de recursos.

Verifique-se, por fim, pertinentes excertos da decisão do Ministro Celso de Mello na ADI 1484, p. *DJ* DE 28/8/2001:

> [...] É preciso proclamar que as Constituições consubstanciam ordens normativas cuja eficácia, autoridade e valor não podem ser afetados ou inibidos pela voluntária inação ou por ação insuficiente das instituições estatais. Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, descumprindo, por inércia e omissão, o dever de emanação normativa que lhes foi imposto, infrinjam, com esse comportamento negativo, a própria autoridade da Constituição e afetem, em consequência, o conteúdo eficacial dos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior. A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado, pois nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se revelarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. [...] (ADI 1484, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 21/8/2001, p. em *DJe* de 28/8/2001, p. 30).

Logo, a pretensão do recorrente não tem pertinência.

Considerando, pois, que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o dever de proteção e promoção das ações, bens e utilidades indispensáveis à existência confirmo a sentença, prejudicado o apelo voluntário.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDILSON OLÍMPIO FERNANDES e SANDRA FONSECA.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NA REMESSA NECESSÁRIA, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO.

• • •

Apelação cível - Constitucional e administrativo - Ação ordinária - Agente de segurança penitenciário - Atividades em ambiente carcerário - Contratos temporários - Nulidade da contratação - Adicional de local de trabalho - Verba indevida - Paradigma do STF no RE nº 765.320/MG

- A contratação realizada em desconformidade com os preceitos do artigo 37, IX, da Constituição de 1988, não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados; preservam-se, apenas, o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do artigo 19-A da Lei nº 8.036, de 1990, o direito ao levantamento dos depósitos efetuados no FGTS (RE nº 765.320/MG, pela sistemática da repercussão geral).

- Nula a contratação, afasta-se o direito do Agente de Segurança Penitenciário, na condição de contratado temporário, ao adicional de local de trabalho.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0280.16.002731-2/001 - Comarca de Guanhães - Apelante: Marcelo Carlos Martins - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. WASHINGTON FERREIRA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 26 de junho de 2019. - *Washington Ferreira* - Relator.

Voto

DES. WASHINGTON FERREIRA - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 72/73, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Guanhães/MG, que, em ação ordinária proposta por Marcelo Carlos Martins contra o Estado de Minas Gerais, julgou improcedente o pedido inicial consistente na condenação do réu ao pagamento de adicional de local de trabalho pelo período em que laborou em unidade prisional. O autor foi condenado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios da sucumbência, fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, ficando, entretanto, suspensa a exigibilidade do recolhimento, por ser beneficiário da gratuidade da justiça.

Nas razões recursais de f. 75/84, Marcelo Carlos Martins alega que o adicional de local de trabalho, instituído pela Lei 11.717/1994, é devido a quem desempenha funções junto à população carcerária. Sustenta que foi contratado pelo Estado de Minas Gerais para exercer funções dentro de presídio, motivo porque faz jus ao referido adicional. Bate-se, enfim pelo provimento do recurso e a reforma da sentença.

Apresentadas contrarrazões às f. 85/88, os autos foram remetidos a este Tribunal para julgamento.

Inexiste interesse a justificar a intervenção ministerial.

É o relatório.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

A questão recursal envolve a pretensão de Marcelo Carlos Martins de ver declarado o direito ao adicional de local de trabalho, nos termos da Lei nº 11.717/1994, pelo período que trabalhou na função de Agente de Segurança Penitenciário junto a vários presídios do Estado.

Pois bem.

De acordo com o artigo 37, II e IX, da Constituição da República de 1988, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, sendo que a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> [...]
>
> II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998);
>
> [...]
>
> IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Segundo o STF, de acordo com o julgamento do RE nº 765.320/MG, pela sistemática da repercussão geral, a contratação realizada em desconformidade com os preceitos do artigo 37, IX, da Constituição de 1988, não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados; preservam-se, apenas, o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do artigo 19-A da Lei nº 8.036, de 1990, o direito ao levantamento dos depósitos efetuados no FGTS.

Essa, portanto, é a atual orientação da Corte Suprema, em julgamento de repercussão geral, a saber:

> 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 612). Descumprimento. Efeitos jurídicos. Direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. 1. 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 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. 2. 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 15/9/2016, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito - *DJe* 203, divulg. 22/9/2016, p. em 23/9/2016).

Partindo dessas colocações e dos autos, é incontroversa a contratação temporária e renovada do autor/apelante para exercer atribuições afetas a cargo público de Agente de Segurança Penitenciário.

O período do contrato foi de 27 de dezembro de 2011, pelo prazo de 03 (três) anos, com previsão de término em 27 de dezembro de 2014.

Ocorre que o contrato foi prorrogado por mais 03 (três) anos, com data prevista para seu término em 27 de dezembro de 2017. Conclui-se, então, que, antes mesmo de o vínculo jurídico firmado pelas partes findar-se, o autor/apelante ingressou em juízo na data de 27 de junho de 2016, pretendendo além do FGTS, o Adicional de Local de Trabalho.

Constato que os contratos foram firmados sob a égide da Lei estadual nº 18.185, de 2009 (que revogou o artigo 11 da Lei estadual n. 10.245, de 1990), com a redação anterior à Lei estadual nº 22.257, de 27 de julho de 2016 (f. 18).

A referida Lei estadual nº 18.185, de 4 de junho de 2009, que disciplina a contratação temporária no âmbito estadual (antes das alterações dadas pela Lei estadual n. 22.257, de 27 de julho de 2016) estabelecia:

> Art. 1º Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da administração direta do Poder Executivo, suas autarquias e fundações poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição da República, nas condições e nos prazos previstos nesta Lei.
>
> Parágrafo único. Para fins da contratação a que se refere o caput, entende-se como de excepcional interesse público a situação transitória que demande urgência na realização ou na manutenção de serviço público essencial ou aquela em que a transitoriedade e a excepcionalidade do evento não justifiquem a criação de quadro efetivo.
>
> Art. 2º Consideram-se hipóteses de necessidade temporária de excepcional interesse público, para fins de contratação temporária nos termos desta Lei:
>
> [...]
>
> V - número de servidores efetivos insuficiente para a continuidade dos serviços públicos essenciais, desde que não haja candidatos aprovados em concurso público aptos à nomeação, ficando a duração dos contratos limitada ao provimento dos cargos mediante concurso público subsequente; e
>
> [...]
>
> § 2º Para os fins do inciso V do caput, consideram-se serviços públicos essenciais aqueles desenvolvidos nas áreas de saúde, educação, segurança pública, defesa social, vigilância, assistência social e meio ambiente.
>
> [...]
>
> Art. 4º As contratações de que trata esta Lei serão feitas com a observância dos seguintes prazos máximos:
>
> [...]
>
> IV - três anos, no caso do inciso V do caput do art. 2º, nas áreas de saúde, segurança pública, defesa social, vigilância e meio ambiente.
>
> [...]
>
> § 1º É admitida a prorrogação dos contratos:
>
> [...]

> III - no caso do inciso V do caput do art. 2º, por até um ano na área de educação, por até cinco anos na área de defesa social e por até três anos nas áreas de segurança pública, vigilância, meio ambiente e saúde;
>
> [...]
>
> § 2º No caso do inciso V do caput do art. 2º, serão adotadas, imediatamente após a contratação, as providências necessárias à realização do concurso público para provimento dos cargos.
>
> [...]
>
> Art. 13. O contrato firmado de acordo com esta Lei extinguir-se-á sem direito a indenizações:
>
> [...]
>
> III - pela extinção da causa transitória justificadora da contratação.

O confronto dessas previsões com os períodos dos contratos revela que a contratação é nula, por ausência dos pressupostos definidos no art. 37, § 2º, da Constituição de 1988.

Isto porque, apesar de as partes não terem juntado aos autos a cópia do atual contrato, o próprio autor/apelante afirma que ainda labora junto à Administração Pública. Logo, prorrogação da contratação já não encontrava amparo legal, pois extrapolou o prazo estabelecido na Lei estadual nº 18.185, de 2009.

Certo é que o vínculo do autor/apelante com a Administração Pública foi se renovando a cada 03 (três) anos, ultrapassando o prazo máximo de 06 (seis anos) previstos na Lei Estadual nº 18.185, de 2009, de exercício de atividade ordinária e permanente do Estado, sem interrupção e mediamente recrutamento precário, já que em seu recurso de apelação afirma ainda que possuí vínculo com o Estado de Minas Gerais.

Esses contratos são nulos de pleno direito, porque as sucessivas contratações temporárias ensejam, a meu ver, o reconhecimento da unicidade contratual relacionada a todo período em que houve prestação de serviços mediante recrutamento precário e, nesse particular, não há como reconhecer que durante todo o período havia necessidade de excepcional interesse público, de caráter provisório, essencial para justificar esse tipo de conexão com a Administração Pública, sem a regra do concurso público.

Uma vez reconhecida a nulidade da contratação – ciente dos limites do pedido recursal – somente o Adicional de Local de Trabalho – e ao entendimento sedimentado pelo colendo STF, quando do julgamento do RE nº 765.320/MG –, afasta-se o direito ao adicional de local de trabalho.

Neste sentido:

> Apelação cível. Direito constitucional e administrativo. Contratos temporários. Estado de minas gerais. Agente de segurança penitenciário. Contratos nulos. FGTS. Cabimento. Tese proferida pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral.- A tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral deve ser aplicada nos processos em primeiro e segundo grau, nos termos do art. 1040, III, do CPC. O STF, no julgamento do RE nº 765.320/MG, definiu 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 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS". Constatando-se a nulidade das renovações sucessivas realizadas pelo ente público do contrato firmado com a parte autora, para o desempenho do cargo de agente de segurança penitenciário, serviço ordinário e permanente, e sem a devida indicação do interesse público excepcional, é possível a condenação do Estado ao pagamento

> do FGTS e salários, apenas. Portanto, incabível o pagamento do adicional de local de trabalho. Recurso conhecido e não provido. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0702.14.007795-0/001, Rel. Des. Gilson Soares Lemes , 8ª Câmara Cível, j. em 23/11/2018, p. em 14/12/2018).
>
> Apelação cível. Ação ordinária de cobrança. Agente de segurança penitenciário. Contrato temporário nulo. Direito ao adicional de local de trabalho. Ausência. RE nº. 765.320. Sentença mantida. 1. Diante da comprovação da prestação de serviços e da nulidade contratual, firmei entendimento no sentido de que seriam devidos ao trabalhador os direitos sociais estendidos aos servidores públicos, consoante prevê o artigo 39, §3º da Constituição da República de 1988. 2. Todavia, o e. STF julgou o RE nº. 765.320 com repercussão geral reconhecida, restando fixada a tese jurídica no sentido de que a declaração de nulidade da contratação firmada em desacordo com o art. 37, IX, da CF/88 confere ao contratado, tão somente, o direito aos salários e ao FGTS relativos ao período contratado, não havendo, portanto, que se falar em condenação do réu ao pagamento de adicional de local de trabalho à parte autora. 3. Negar provimento ao recurso (TJMG - Apelação Cível nº 1.0056.14.010725-3/001, Rel.ª: Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª Câmara Cível, j. em 11/11/2018, p. em 27/11/2018).
>
> Apelação cível. Direito administrativo. Contratação temporária de servidor público. Agente de segurança penitenciária. Ocorrência de sucessivas prorrogações. Adicional de local de trabalho. Verba não devida. 1. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento afetado ao regime da repercussão geral, decidiu que os contratos temporários de natureza administrativa, firmados em desconformidade com o art. 37, IX, da Constituição Federal, não geram nenhum efeito válido, salvo o direito à percepção de eventual saldo de salários referentes ao período trabalhado e ao levantamento dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). 2. Uma vez constatada a nulidade da contratação temporária, ante a ocorrência de sucessivas prorrogações, não faz o servidor, contratado para o cargo de agente de segurança penitenciário, jus ao recebimento do adicional de local de trabalho (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.14.305638-0/001, Rel.ª Des.ª Ângela de Lourdes Rodrigues, 8ª Câmara Cível, j. em 7/11/2018, p. em 20/11/2018).

Considerando, portanto, que a pretensão recursal refere-se tão somente ao adicional de local de trabalho, mantenho, então, o ato sentencial, em atenção ao princípio da adstrição.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Diante do resultado do julgamento, majoro a 12% (doze por cento) sobre o valor da causa o valor dos honorários, nos termos do art. 85, §11, do CPC/15, suspensa exigibilidade do pagamento, por força do art. 98, §3º, do mesmo diploma legal.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GERALDO AUGUSTO e EDGARD PENNA AMORIM.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Direito de família - Ação de divórcio litigioso conexa com ação de busca e apreensão - Regime da separação de bens estabelecida em "escritura de pacto antenupcial" - Eficácia do instrumento público - Procedência parcial dos pedidos iniciais da ação de divórcio litigioso - Determinação de busca e apreensão de veículo formulado nos autos em apenso - Sentença mantida

- A escolha do regime de bens constitui, em regra, direito assegurado aos cônjuges, que deve ser respeitado e preservado, exceto quando verificada existência de vício no Instrumento Público.

- Inexistindo provas concretas de que os bens móveis em litígio tenham sido adquiridos com recursos exclusivos de nenhuma das partes, a partilha igualitária deve ser estabelecida, tendo em vista a presunção da contribuição de ambos os cônjuges.

- Considerando que as acessões realizadas pelo autor, conforme reconhecido pela própria parte ré, encontram-se incorporadas ao bem imóvel de propriedade desta, a partilha deverá ser feita por meio de indenização da quota parte (50% - cinquenta por cento) do autor, em valor a ser apurado em liquidação de sentença.

- Rompida a relação havida entre as partes, não há razão para que o veículo permaneça sob a posse do cônjuge varão, uma vez que, além de o veículo estar registrado em nome do cônjuge virago junto ao Departamento de Trânsito, restou demonstrado que aludido bem era de sua propriedade exclusiva, conforme "escritura de pacto antenupcial".

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0390.16.002733-5/001 - Comarca de Machado - Apelante: Leila da Silva Rufino - APELADO: Francisco Rodrigues Zolla - Relator: DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2019 - *Elias Camilo Sobrinho* - Relator.

Voto

DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO - Trata-se de recurso de apelação interposto por Leila da Silva Rufino contra a sentença de f. 195-202, que, nos autos da ação de divórcio litigioso ajuizada por Francisco Rodriguez Solla (apelado), julgou procedente, em parte, os pedidos iniciais para determinar a partilha dos seguintes bens:

> Bens móveis que guarnecem a residência da requerida (cf. relação de f. 21/22) e acessões feitas no imóvel localizado na Rua Francisco Rodrigues da Silva nº 69, Bairro Jardim Bela Vista, na cidade de Carvalhópolis/MG, na constância do casamento, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada cônjuge. Considerando-se que as acessões estão incorporadas ao imóvel particular da requerida, a partilha deverá ser feita por meio de indenização da quota parte do requerente, em valor a ser apurado em liquidação de sentença.
>
> Do valor apurado, determino que seja subtraída da condenação da requerida a importância de R$ 2.634,09 (dois mil, seiscentos e trinta e quatro reais e nove centavos), referente à metade dos saques realizados pelo requerente na conta conjunta do casal após a separação de fato (*sic* - f. 201).

Por outro lado, o Magistrado julgou procedente a ação de busca e apreensão ajuizada pelo cônjuge virago nos autos em apenso, tornando, assim, definitiva a cautelar liminarmente concedida.

Diante da sucumbência recíproca, as partes foram condenadas ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, que, com fulcro no art. 85, § 8º, do CPC, foram arbitrados em R$2.000,00 (dois mil reais), que deverão ser suportados à metade para cada parte, suspensa, contudo, a exigibilidade pelo interstício legal, por litigarem sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

Insurge-se a apelante nas razões recursais de f. 204-208, sustentando, em suma: i) que os bens móveis enumerados às f. 21-22 não foram adquiridos pelo apelado; ii) impossibilidade de qualquer condenação da apelante à indenização da quota parte do apelado, em relação às acessões incorporadas ao imóvel particular da apelante, diante da ausência de prova neste sentido. Pugna pelo provimento do recurso para reformar, em parte, a sentença, julgando-se improcedentes os pedidos iniciais em sua totalidade, com a condenação do apelado ao pagamento do ônus sucumbencial em sua integralidade.

Regularmente intimado, o apelado ofertou as contrarrazões de f. 211-214, se insurgindo contra a determinação de restituição, pelo apelado, em favor da apelante, do valor de R$2.634,09 (dois mil seiscentos e trinta e quatro reais e nove centavos), alegando ausência de direito da apelante neste aspecto. Quanto ao mais, bate-se pela confirmação da sentença.

Desnecessária a intervenção do Órgão Ministerial.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Passo à decisão.

Cinge-se a controvérsia às questões referentes à partilha dos bens móveis que guarnecem a residência da apelante e à indenização da quota parte do apelado, em valor a ser apurado em liquidação de sentença, em relação às acessões incorporadas ao bem imóvel particular da apelante.

Infere-se dos autos que apelante e apelado lavraram, em 27.05.2015, "Escritura de pacto antenupcial estabelecendo o regime da completa e absoluta separação de bens" (f. 29-29v.).

Como o apelado não demonstrou, sequer alegou, qualquer erro ou vício de consentimento, presumem-se verdadeiras, válidas e eficazes as declarações constantes do Instrumento Público retro mencionado, que, ressalta-se, foi firmado por pessoas capazes, contendo objeto lícito, sob forma prescrita e não defesa em lei.

Dito isso, impende extrair do Pacto Antenupcial que o cônjuge varão, Francisco Rodriguez Solla, declarou que "não possui bens móveis ou imóveis na presente data" (*sic* - f. 29v.).

O cônjuge virago, Leila da Silva Rufino, declarou possuir os seguintes bens:

> "01) Os direitos possessórios sobre um imóvel situado na Rua Francisco Rodrigues da Silva nº 69, Bairro Jardim Bela Vista, nesta cidade de Carvalhópolis-MG, aquisição advinda por doação da Municipalidade de Carvalhópolis-MG, ainda não formalizada por escritura pública, uma vez que o Conjunto Habitacional será objeto de regularização fundiária e registro no Cartório Imobiliário competente, data na qual será transferida a propriedade aos mutuários, e 02) Um automóvel, marca/modelo: Chev/Prisma 1.0 MT LT, ano de fabricação 2013, modelo 2013, cor: Prata, categoria particular, combustível: ALC/GASOL., motor nº CGXSB0234, Código Renavam 00557503744, Placa: 0GL-4740, CHASSI: 9BGKS69BODG320589" (*sic* - f. 29v.).

Com efeito, conclui-se que quando da lavratura da Escritura Pública, o automóvel em discussão já era de propriedade, única e exclusiva, do cônjuge virago. Logo, acaso as partes quisessem efetivamente incluí-lo na comunhão patrimonial, teriam registrado alguma observação ou exceção no Instrumento Público, à regra da separação de bens.

Por outro lado, os bens móveis listados às f. 21-22, devem ser divididos à proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma das partes, tendo em vista que não restou suficientemente comprovada a propriedade exclusiva de nenhum dos cônjuges.

Embora o regime adotado tenha sido o de separação total de bens, em que cada um dos cônjuges conserva a posse e a propriedade dos bens que trouxer para o casamento, bem como o dos que forem a ele sub-rogados, no tocante aos bens móveis que guarnecem a residência da apelante e adquiridos na constância do casamento, deve ser reconhecida a sua divisão diante da presunção da contribuição de ambos os cônjuges.

Isto é, inexistindo provas concretas de que os bens móveis retro citados (f. 21-22) tenham sido adquiridos com recursos exclusivos de uma das partes, em data anterior à sociedade conjugal, devem ser partilhados de forma igualitária, nos exatos termos expendidos pelo Juiz singular, quando da prolação da sentença.

Em relação ao segundo aspecto, toda a construção realizada em um terreno presume-se feita pelo proprietário e às suas expensas. A propósito, imperioso extrair do Código Civil Brasileiro, *litteris*: "Art. 1.253. Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário".

Entretanto, a prova dos autos caminha em sentido contrário, pois o virago sequer contesta tal fato. Aliás, admite que a construção fora realizado pelo varão, conforme se extrai da Contestação (f. 88-94):

> [...], mas ficou demonstrado que o autor, usando de artimanha, cobriu a frente da casa para fazer sua oficina mecânica, ou seja, sabendo que não era dele o bem, e visando obter lucro sobre o que não é seu, furtando-se a pagar um aluguel, tão somente fez as benfeitorias que lhe beneficiariam, inclusive financeiramente, uma vez que nunca pagou nenhum centavo de aluguel de um imóvel que não lhe pertencia e usava como sua oficina mecânica.
>
> Desta forma, não há que haver nenhuma compensação de benfeitorias por ele dispendidas, sendo certo que a compensação já foi operada em valores superiores em aluguel não pago à proprietária do imóvel.
>
> [...]. (*sic* - f. 90).

Ressalta-se que ninguém na mais perfeita consciência se deixaria levar por alegadas artimanhas de modo a viabilizar descaracterização e desvalorização em bem imóvel de sua propriedade. Com absoluta certeza, se

o apelado realizou obras em imóvel de propriedade da apelante, o fez com o consentimento desta. É de bom alvitre asseverar que, independentemente se tal construção se destinava ao funcionamento de uma oficina mecânica, a construção promoveu valorização no imóvel da apelante.

Assim, a controvérsia se resolve pelo exame do art. 1.255, *caput*, do Código Civil, no sentido de 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". E diante da boa-fé do apelado, este tem direito à indenização.

É certo que construção em terreno alheio não é benfeitoria, mas acessão, porque representa a criação de algo novo sobre o imóvel, o que não se confunde com a simples melhora de uma coisa já existente. A propósito, imperioso extrair, mais uma vez, do Código Civil Brasileiro:

> Art. 96. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias.
>
> § 1º São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.
>
> § 2º São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem.
>
> § 3º São necessárias as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore.

Conforme expendido, com propriedade, pelo Juiz singular, em sentença, é de se notar a relevância de tal diferenciação, dada a diversidade de consequências jurídicas existente entre acessão e benfeitorias.

Enquanto o art. 1.219 do Código Civil prevê o direito de retenção e de indenização ao possuidor de boa-fé quanto às benfeitorias necessárias e úteis, o art. 1.255 do aludido Diploma Legal dispõe, no caso de acessão, apenas o direito de indenização. E este é o caso dos autos, em que o apelado erigiu no imóvel de propriedade da apelante.

Destarte, subsiste o direito de o apelado ser indenizado pela construção, sob pena de enriquecimento sem causa da apelante, frente à evidente valorização do imóvel.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência deste Sodalício: 2ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0699.10.000529-6/001, Relator Des. Caetano Levi Lopes, acórdão de 18/03/2014, publicado em 26/3/2014.

Na espécie, assim como os bens móveis que guarnecem a residência, as acessões realizadas no imóvel localizado na Rua Francisco Rodrigues da Silva nº 69, Bairro Jardim Bela Vista, Cidade de Carvalhópolis/MG, devem ser partilhadas na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada cônjuge. Ainda que apenas o cônjuge varão tenha custeado as obras, tal fato é irrelevante para composição dos quinhões, na medida em que nas relações afetivas a contribuição mútua não se resume a aspectos patrimoniais, até porque sobre este aspecto não houve insurgência por parte do autor-apelado.

Ainda, sobre a questão, arrematou com propriedade o Juiz singular, em sentença, ao ressaltar que a apuração das acessões, bem como os valores respectivos, serão objeto de liquidação ou ação própria, tendo em vista a ausência de perícia no caso dos autos, descabendo falar, portanto, em qualquer partilha do bem imóvel, que é de propriedade exclusiva da apelante.

Assim, o cônjuge varão, aqui apelado, tem direito a 50% (cinquenta por cento) sobre o valor das acessões feitas na constância do casamento com o cônjuge virago, ora apelante, devendo esta arcar com o valor da indenização.

Por outro lado, ressalta-se que, rompida a relação havida entre as partes, não havia razão para que o veículo automotor "marca / modelo Chev/Prisma 1.0 MT LT., ano fabricação/modelo 2013, prata, chassi 9bgks69b0dg320589, placa OGL-4740, código renavam 00557503744", permanecesse sob a posse do cônjuge varão, uma vez que, além de o veículo estar registrado em nome do cônjuge virago junto ao Detran/MG (f. 68-69), restou demonstrado que aludido bem era de sua propriedade exclusiva, de acordo com a "Escritura de pacto antenupcial estabelecendo o regime da completa e absoluta separação de bens" (f. 29-29v.).

Por derradeiro, insta consignar que o pedido formulado pelo apelado, consubstanciado no reconhecimento da impossibilidade de restituição do valor de R$ 2.634,09 (dois mil seiscentos e trinta e quatro reais e nove centavos), sob a alegação de ausência de direito da apelante, não merece ser acolhido, porquanto formulado em via inadequada, qual seja, em sede de contrarrazões.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pela apelante, suspensa, contudo, a exigibilidade pelo interstício legal, por litigar sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JUDIMAR BIBER e JAIR VARÃO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais - Apontamentos negativos em nome de participante de sociedade em comum - Não pagamento de duplicatas decorrentes de contratos de compra e venda firmados pelo sócio responsável com terceiro - Responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios - Inscrições regulares - Dano moral não configurado - Indenização indevida - Sentença mantida

- Nos termos do art. 990 do CC/02, todos os sócios integrantes de sociedade em comum respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Deste modo, caracterizado o inadimplemento de duplicatas emitidas em decorrência de contratos avençados por sócio responsável de sociedade em comum junto a terceiro, são regulares os apontamentos negativos promovidos pelo credor em nome de quaisquer dos sócios da sociedade em comum, razão pela qual inexiste dano moral e, consequentemente, dever de indenizar por parte do credor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0172.12.002745-0/001 - Comarca de Conceição das Alagoas - Apelante: Juliana Woord - Apelado: Coragro Comercio e Representacoes Agricola Ltda. - 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, 11 de junho de 2019. - *Luiz Artur Hilário* - Relator.

Voto

DES. LUIZ ARTUR HILÁRIO - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 203/203-v, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível, Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Conceição de Alagoas, que, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito cumulado com indenização por danos morais ajuizada por Juliana Woord Marciel em face de Coragro - Comércio e Representações Agrícola Ltda., julgou improcedentes os pedidos iniciais, revogando a tutela de urgência deferida à f. 36. Por fim, condenou a autora ao pagamento de custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Insatisfeita com o pronunciamento de primeira instância, a autora interpõe o apelo de f. 207/213, sustentando, em suma, que, ao contrário do decidido, não está obrigada a pagar à apelada qualquer dívida, nem mesmo de forma solidária, uma vez que não realizou nenhum negócio jurídico junto à recorrida, tampouco assinou contrato ou título de crédito, muito menos participa da alegada "sociedade em comum", uma vez que tem profissão própria – é fisioterapeuta – e totalmente desvinculada da atividade rural. Alega que, ainda que se

entenda que figure como parte integrante da "sociedade em comum de produtor rural", não é solidariamente responsável pelas dívidas contraídas por outros integrantes, sem sua participação. Afirma que eventuais negócios de terceiros, sem sua participação, não a vinculam, pois não assinou nota fiscal, fatura, recibo de entrega de mercadorias, nota promissória ou qualquer outro documento autorizando a empresa apelada a emitir duplicata utilizando seu nome. Ressalta que não aceitou nenhuma duplicata, o que realça a ilegalidade da cobrança e a inexistência do débito, resultando em dano moral indenizável.

Requer a reforma da sentença para que sejam julgados procedentes os pedidos iniciais, declarando-se a inexistência de relação jurídica entre as partes e do débito cobrado em relação à apelante, com a consequente condenação da apelada ao pagamento de indenização por danos morais, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Apresentada resposta às f. 223/230, rebatendo os fundamentos expostos no recurso, pugnando por seu desprovimento.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Pois bem.

Inicialmente, destaco que a alegação da apelante de que não é participante de "sociedade em comum", uma vez que tem profissão própria – é fisioterapeuta – e totalmente desvinculada da atividade rural, não merece prosperar. Na exordial, a autora, ora apelante, afirma que "além de ser fisioterapeuta integra sociedades empresariais nos ramos de armazéns gerais etc., – e sempre zelou pelos seus negócios" (f. 04).

Deste modo, não há dúvidas de que a apelante exerce atividades agrícolas concomitantemente com sua profissão de fisioterapeuta e integra, conforme se extrai dos documentos de f. 75/76, a sociedade em comum de produtor rural na Fazenda Boa Vista, situada no município de Conceição de Alagoas, e na Fazenda Nossa Senhora de Fátima, localizada em Campo Florido/MG, cujo responsável é Marco Matos Maciel.

Consta do documento de f. 75 que a inscrição estadual de produtor rural relativa à Fazenda Boa Vista se deu em 5/8/2010, e o fim do contrato ocorreria em 22/7/2013. Já a inscrição estadual de produtor rural relativa à Fazenda Nossa Senhora de Fátima se deu em 13/4/2009, e o fim do contrato ocorreria em 18/1/2014.

Observa-se, ainda, que as duplicatas de venda mercantil de f. 85/121, que deram azo às negativações em nome da apelante exibidas às f. 17/26, foram emitidas no período de 25/10/2011 a 2/4/2012, durante a vigência da sociedade em comum, se destinaram à Fazenda Boa Vista e à Fazenda Nossa Senhora de Fátima, indicam vencimentos em 20/04/2012 e 10/05/2012, apontam no campo "sacado" Marco Matos Maciel e outros e foram aceitas por Marco Matos Maciel, no período de 14/12/11 a 8/3/2012, quando ainda vigentes as inscrições estaduais de produtor rural para os dois imóveis rurais.

Cinge-se a controvérsia, portanto, em verificar a existência de reponsabilidade ou não da autora, ora apelante, pela dívida contraída pela sociedade da qual participava.

No caso vertente, depreende-se que há inscrições estaduais de produtor rural. Contudo, as sociedades em comum cujos participantes estão elencados nos documentos de f. 75/76 não possuem CNPJ. Observa-se que o item "dados cadastrais" dos Comprovante de Inscrição Estadual de Produtor Rural indica, como "nome do responsável" Marco Matos Maciel e outros, e, após o número de inscrição, aponta o CPF de Marcos Matos Maciel.

Em relação à sociedade em comum, prescreve o art. 986, do CC/2002, *in verbis*:

> Art. 986. Enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.

Ainda integrante do Título II (Da Sociedade), Subtítulo I (Da Sociedade Não Personificada), Capítulo I (Da Sociedade em Comum) do CC/02, estabelece o art. 990, *in verbis*:

> Art. 990 - Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

Como cediço, a sociedade comum, como sociedade de fato, não possuindo personalidade jurídica, dá margem à inexistência de separação entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio particular dos sócios no caso de execução de dívidas contraídas pela sociedade.

Destarte, no caso vertente, ainda que os negócios jurídicos que deram origem à emissão das duplicatas não tenham sido estabelecidos junto à apelada diretamente pela apelante, e sim por terceiro responsável pela sociedade em comum da qual faz parte, que inclusive aceita as duplicatas, responde a recorrente direta e solidariamente pelo inadimplemento dos contratos avençados pelo sócio responsável. Nesse passo, caracterizado o inadimplemento dos contratos avençados pelo sócio responsável, são regulares os apontamentos negativos promovidos pelo credor em nome da apelante, razão pela qual inexiste dano moral e, consequentemente, dever de indenizar por parte da requerida/apelada.

Diante de todo o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença lançada na instância de origem.

Custas recursais, além de honorários advocatícios, majorados nesta instância revisora para 12% do valor da causa, nos termos do art. 85, § 11, CPC/2015, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AMORIM SIQUEIRA e JOSÉ ARTHUR FILHO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais - Apontamentos negativos em nome de participante de sociedade em comum - Não pagamento de duplicatas decorrentes de contratos de compra e venda firmados pelo sócio responsável com terceiro - Responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios - Inscrições regulares - Dano moral não configurado - Indenização indevida - Sentença mantida

- Nos termos do art. 990 do CC/02, todos os sócios integrantes de sociedade em comum respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Deste modo, caracterizado o inadimplemento de duplicatas emitidas em decorrência de contratos avençados por sócio responsável de sociedade em comum junto a terceiro, são regulares os apontamentos negativos promovidos pelo credor em nome de quaisquer dos sócios da sociedade em comum, razão pela qual inexiste dano moral e, consequentemente, dever de indenizar por parte do credor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0172.12.002745-0/001 - Comarca de Conceição das Alagoas - Apelante: Juliana Woord - Apelado: Coragro Comercio e Representacoes Agricola Ltda. - 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, 11 de junho de 2019. - *Luiz Artur Hilário* - Relator.

Voto

DES. LUIZ ARTUR HILÁRIO - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 203/203-v, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível, Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Conceição de Alagoas, que, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito cumulado com indenização por danos morais ajuizada por Juliana Woord Marciel em face de Coragro - Comércio e Representações Agrícola Ltda., julgou improcedentes os pedidos iniciais, revogando a tutela de urgência deferida à f. 36. Por fim, condenou a autora ao pagamento de custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Insatisfeita com o pronunciamento de primeira instância, a autora interpõe o apelo de f. 207/213, sustentando, em suma, que, ao contrário do decidido, não está obrigada a pagar à apelada qualquer dívida, nem mesmo de forma solidária, uma vez que não realizou nenhum negócio jurídico junto à recorrida, tampouco assinou contrato ou título de crédito, muito menos participa da alegada "sociedade em comum", uma vez que tem profissão própria – é fisioterapeuta – e totalmente desvinculada da atividade rural. Alega que, ainda que se

entenda que figure como parte integrante da "sociedade em comum de produtor rural", não é solidariamente responsável pelas dívidas contraídas por outros integrantes, sem sua participação. Afirma que eventuais negócios de terceiros, sem sua participação, não a vinculam, pois não assinou nota fiscal, fatura, recibo de entrega de mercadorias, nota promissória ou qualquer outro documento autorizando a empresa apelada a emitir duplicata utilizando seu nome. Ressalta que não aceitou nenhuma duplicata, o que realça a ilegalidade da cobrança e a inexistência do débito, resultando em dano moral indenizável.

Requer a reforma da sentença para que sejam julgados procedentes os pedidos iniciais, declarando-se a inexistência de relação jurídica entre as partes e do débito cobrado em relação à apelante, com a consequente condenação da apelada ao pagamento de indenização por danos morais, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Apresentada resposta às f. 223/230, rebatendo os fundamentos expostos no recurso, pugnando por seu desprovimento.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Pois bem.

Inicialmente, destaco que a alegação da apelante de que não é participante de "sociedade em comum", uma vez que tem profissão própria – é fisioterapeuta – e totalmente desvinculada da atividade rural, não merece prosperar. Na exordial, a autora, ora apelante, afirma que "além de ser fisioterapeuta integra sociedades empresariais nos ramos de armazéns gerais etc., – e sempre zelou pelos seus negócios" (f. 04).

Deste modo, não há dúvidas de que a apelante exerce atividades agrícolas concomitantemente com sua profissão de fisioterapeuta e integra, conforme se extrai dos documentos de f. 75/76, a sociedade em comum de produtor rural na Fazenda Boa Vista, situada no município de Conceição de Alagoas, e na Fazenda Nossa Senhora de Fátima, localizada em Campo Florido/MG, cujo responsável é Marco Matos Maciel.

Consta do documento de f. 75 que a inscrição estadual de produtor rural relativa à Fazenda Boa Vista se deu em 5/8/2010, e o fim do contrato ocorreria em 22/7/2013. Já a inscrição estadual de produtor rural relativa à Fazenda Nossa Senhora de Fátima se deu em 13/4/2009, e o fim do contrato ocorreria em 18/1/2014.

Observa-se, ainda, que as duplicatas de venda mercantil de f. 85/121, que deram azo às negativações em nome da apelante exibidas às f. 17/26, foram emitidas no período de 25/10/2011 a 2/4/2012, durante a vigência da sociedade em comum, se destinaram à Fazenda Boa Vista e à Fazenda Nossa Senhora de Fátima, indicam vencimentos em 20/04/2012 e 10/05/2012, apontam no campo "sacado" Marco Matos Maciel e outros e foram aceitas por Marco Matos Maciel, no período de 14/12/11 a 8/3/2012, quando ainda vigentes as inscrições estaduais de produtor rural para os dois imóveis rurais.

Cinge-se a controvérsia, portanto, em verificar a existência de reponsabilidade ou não da autora, ora apelante, pela dívida contraída pela sociedade da qual participava.

No caso vertente, depreende-se que há inscrições estaduais de produtor rural. Contudo, as sociedades em comum cujos participantes estão elencados nos documentos de f. 75/76 não possuem CNPJ. Observa-se que o item "dados cadastrais" dos Comprovante de Inscrição Estadual de Produtor Rural indica, como "nome do responsável" Marco Matos Maciel e outros, e, após o número de inscrição, aponta o CPF de Marcos Matos Maciel.

Em relação à sociedade em comum, prescreve o art. 986, do CC/2002, *in verbis*:

> Art. 986. Enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.

Ainda integrante do Título II (Da Sociedade), Subtítulo I (Da Sociedade Não Personificada), Capítulo I (Da Sociedade em Comum) do CC/02, estabelece o art. 990, *in verbis*:

> Art. 990 - Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

Como cediço, a sociedade comum, como sociedade de fato, não possuindo personalidade jurídica, dá margem à inexistência de separação entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio particular dos sócios no caso de execução de dívidas contraídas pela sociedade.

Destarte, no caso vertente, ainda que os negócios jurídicos que deram origem à emissão das duplicatas não tenham sido estabelecidos junto à apelada diretamente pela apelante, e sim por terceiro responsável pela sociedade em comum da qual faz parte, que inclusive aceita as duplicatas, responde a recorrente direta e solidariamente pelo inadimplemento dos contratos avençados pelo sócio responsável. Nesse passo, caracterizado o inadimplemento dos contratos avençados pelo sócio responsável, são regulares os apontamentos negativos promovidos pelo credor em nome da apelante, razão pela qual inexiste dano moral e, consequentemente, dever de indenizar por parte da requerida/apelada.

Diante de todo o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença lançada na instância de origem.

Custas recursais, além de honorários advocatícios, majorados nesta instância revisora para 12% do valor da causa, nos termos do art. 85, § 11, CPC/2015, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AMORIM SIQUEIRA e JOSÉ ARTHUR FILHO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Estatuto da criança e do adolescente - Deveres resultantes do pátrio poder - Art. 249 do ECA - Infração administrativa não caracterizada - Recurso provido.

- A segunda parte do art. 249 do ECA prevê penalidade pecuniária em razão da desobediência das determinações da autoridade judiciária ou do Conselho Tutelar, no exercício de suas atribuições, desde que comprovado o dolo, ou ao menos a culpabilidade do agente.

- Verificando-se dos autos que o representante judicial da Transcon não pode ser responsabilizado pela prática de direção por menores dentro de condomínio particular, não obstante o poder de fiscalização, porquanto tal atitude deve ser dirigida aos pais, tutores ou guardiães, é de se afastar a aplicação de penalidade prevista no ECA.

- Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.16.002844-9/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Luis Felipe Ramos Calazans em causa própria - Apelado: Ministerio Publico do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de junho de 2019 - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora.

Voto

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade previstos no artigo 198 do ECA.

Trata-se de Representação por Infração Administrativa apresentada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de Luis Felipe Ramos Calazans, aduzindo que o postulado, na qualidade de diretor de acompanhamento contencioso da TransCon, descumpriu determinação judicial exarada pelo MM. Juiz da Infância e Juventude da Comarca de Contagem, importando na aplicação da penalidade prevista no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Defesa às f. 19/25.

A sentença de f. 40/43, para julgou procedente o pedido contido na representação, "para aplicar ao representado Luis Felipe Ramos Calazans, a pena de multa de 03 (três) salários mínimos, prevista no artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo a quitação ser efetuada através de depósito na conta do Fundo administrado pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (FIA)" (f. 43).

Inconformado, apelou o requerido (f. 44/54), afirmando a sua ilegitimidade passiva, visto que "não se pode dar interpretação extensiva ao art. 249 do ECA, a fim de punir quem não tem o dever inerente ao pátrio poder, ou decorrentes da guarda, tutela e curatela" (f. 48), ressaltando que "advogado de formação, sequer possui conhecimento técnico para exercer atividades relacionadas à gestão de trânsito e transportes no Município de Contagem/MG, conhecimento este inerente tão somente aos Agentes de Trânsito da Transcon, juntamente como seus superiores hierárquicos imediatos" (f. 52).

Afirmou que "conforme Relatório Técnico de f. 31/32, constante em anexo à contestação do apelante, ora elaborado pela Diretoria de Operações de Transportes da Transcon, que é quem tem legitimidade e competência para tanto -, entre fevereiro e setembro de 2015, ou seja, em 08 (oito) esses ininterruptos, foram realizadas diversas fiscalizações no interior do Condomínio Estâncias do Hibisco, sobretudo aos finais de semana, tendo como escopo impedir que menores de idade transitassem em veículos automotores no interior do Condomínio, bem como visando verificar a ocorrência de irregularidades porventura existentes no local", não tendo constatado qualquer irregularidade no local, o que enseja o provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 55/60.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às f. 66/67, pugnando pelo provimento do recurso.

Feito o necessário resumo da lide, trago a colação o disposto pelo art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 22 - Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Já o artigo 249 do mesmo diploma legal estabelece:

> Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrentes de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:
>
> Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Destarte, a segunda parte do art. 249 do ECA prevê penalidade pecuniária em razão da desobediência das determinações da autoridade judiciária ou do Conselho Tutelar, no exercício de suas atribuições, desde que comprovado o dolo, ou ao menos a culpabilidade do agente.

Pois bem, partindo de tais premissas, não se pode deixar de considerar o entendimento preconizado pelo Superior Tribunal de Justiça, no tocante à ilegitimidade de pessoas diversas dos pais, tutores e guardiães no que tange aos deveres do pátrio poder:

> Administrativo. Estatuto da Criança e do Adolescente. Descumprimento de determinação do Conselho Tutelar. Ilegitimidade passiva do Secretário Municipal de Educação. Representação formulada com base no art. 249 do ECA. Inépcia. Pretendida reforma. Recurso especial não provido. 1. A Seção de Direito Público do STJ, ao interpretar o referido dispositivo, entende que a sua aplicação têm como destinatários os pais, tutores e guardiães quando descumprem determinação do juiz ou do Conselho Tutelar, não podendo a regra impositiva recair sobre quem não exerça tais poderes, como no caso particular dos autos, o Senhor Secretário Municipal. 2. Precedentes da Seção de Direito Público: REsp 767.089/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJ 28.11.2005; REsp 768334/SC, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJ 22.06.2007; REsp 822807/SC, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 12.11.2007. 3. Recurso especial

não provido (REsp 847.588/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJe 21/10/2008).

Processual civil. Administrativo. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990). Secretário Municipal. Descumprimento de determinação do Conselho Tutelar. Infração administrativa (art. 249 do ECA). Não-configuração. Precedentes do STJ. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte de Justiça, o art. 249 da Lei 8.069/1990 destina-se aos pais ou responsáveis que descumprirem dolosa ou culposamente "os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrentes da tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar", não podendo recair sobre quem não exerça tais deveres. 2. *In casu*, trata-se de representação engendrada por Conselho Tutelar em face de Secretário Municipal de Educação e Cultura, por infração ao art. 249, in fine, do Estatuto da Criança e do Adolescente, decorrente do não atendimento à requisição atinente ao atendimento de menor em Centro de Educação Infantil. 3. Recurso especial desprovido (REsp 824.682/SC, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Segunda Turma, j. em 10/6/2008, *DJe* de 3/2/2009).

Processual civil. Administrativo. Estatuto da Criança e do Adolescente (LEI 8.069/1990). Secretário municipal. Descumprimento de determinação do Conselho Tutelar. Infração administrativa (art. 249 do ECA). Não-configuração. Precedentes do STJ. 1 - O art. 249 da Lei 8.069/1990, do cognominado Estatuto da Criança e do Adolescente, destina-se aos pais ou responsáveis que descumprirem dolosa ou culposamente "os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrentes da tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar", por isso que, a fortiori, não podem recair sobre quem não exerça tais deveres. Precedentes do STJ: RESP 769.443/SC, 1ª Turma, *DJ* de 4/12/2006 e RESP 779.055/SC, 1ª Turma, *DJ* de 23/10/2006. 2. *In casu*, trata-se de representação engendrada por Conselho Tutelar em face de Secretário Municipal de Educação e Cultura, por infração ao art. 249, *in fine*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, decorrente do não atendimento à requisição atinente ao atendimento de menor em Centro de Educação Infantil. 3. Recurso especial desprovido. (REsp 822.807/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 2/10/2007, *DJ* de 12/11/2007, p. 165).

Administrativo. Estatuto da Criança e do Adolescente. Representação oferecida pelo Conselho Tutelar. Secretário Municipal de Educação. Ilegitimidade passiva. 1. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido, seja quanto aos dispositivos de lei supostamente violados, seja quanto à divergência jurisprudencial apontada. 2. O descumprimento da determinação da autoridade judiciária ou do Conselho Tutelar, a que se refere o art. 249 do ECA, restringe-se às disposições relativas ao poder familiar, tutela ou guarda; razão pela qual não pode recair sobre quem não exerça tais deveres, como, in casu, o Secretário Municipal. Recurso especial improvido (REsp 768.334/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 12/6/2007, *DJ* de 22/06/2007, p. 399).

Processual civil. Recurso Especial. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90). Secretário municipal. Descumprimento de determinação do Conselho Tutelar. Infração administrativa (art. 249 do ECA). Não-configuração. Recurso especial desprovido. 1. Só responde pela infração administrativa prevista no art. 249 do ECA o responsável pelo descumprimento dos deveres inerentes ao pátrio poder ou aqueles decorrentes de tutela ou guarda, atuando dolosa ou culposamente. 2. Precedentes do STJ. 3. Desprovimento do recurso especial (REsp 769.443/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, j. em 21/11/2006, *DJ* 4/12/2006, p. 269).

No caso a legitimidade passiva para fins de interpretação do art. 249 do ECA pode ser extendida a pessoas diversas dos pais, tutores e guardiães, quando descumprem determinação judicial que ofende os direitos das crianças e adolescentes, tal como se dá com a venda da bebida alcoólica a menores ou sua permanência sem os genitores em lugares em que se vendem referidas bebidas, conforme determinado pelo art. 81 da legislação em referência.

O caso noticiado, ainda que não tenha sido acostado o inteiro teor dos autos nº 0420856-49.2014.8.13.0079 (pedido de providência), consiste na determinação judicial imposta a Transcon para realização de fiscalização no interior do Condomínio Estância do Hibisco, onde menores estariam conduzindo veículos, especialmente, nos finais de semana, "visando adotar providências preventivas e repressivas, com o envio de relatório circunstanciado das medidas adotadas em 30 (trinta) dias" (f. 05 e f. 06).

Tem-se que referida determinação foi enviada por ofício à Transcon (f. 07), tendo o ora recorrente, na qualidade de representante judicial da autarquia recebido o mandado em 27 de novembro de 2015 (f. 13/14), para cumprimento em 48 horas.

Neste aspecto, compactuo da assertiva do apelante de que, na qualidade de representante judicial da Transcon, não tem qualificação técnica para cumprir a determinação, e mesmo que tivesse o dever de encaminhar a determinação para quem a possuísse, como agentes de transito, certo é que a prática que estava sendo investigada nos autos, isto é, menores dirigindo veículos sem a devida habilitação, diz respeito ao pátrio poder, e mesmo a administração do condomínio e não a responsabilidade da Transcon, autarquia municipal, responsável pelo transito no município.

Neste aspecto, registro que foi juntado aos autos Relatório de Fiscalização no Condomínio (f. 31/32), que, a despeito de realizado a destempo, para os fins postos na determinação judicial, traduz o que já é de conhecimento notório: que quando existe fiscalização, através de *blitz* ou carros de operação de trânsito, os infratores não aparecem.

Assim, verificando-se dos autos que o representante judicial da Transcon não pode ser responsabilizado pela prática de direção por menores, sem habilitação, dentro de condomínio particular, não obstante o poder de fiscalização, porquanto tal atitude deve ser dirigida aos pais, tutores ou guardiães, é de se afastar a aplicação de penalidade prevista no ECA.

Desta feita, não obstante entenda que a ilegitimidade postulada pelo recorrente não possa ser aferida da forma pretendida, ou seja, restringindo a aplicação do art. 249 do CPC/2015, também entendo que o suposto descumprimento judicial realizado pelo requerido não consiste no fundamento para a proteção dos menores buscada com o presente processo e, por isso, não vejo como possa prevalecer.

Mediante tais considerações, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente a representação.

Custas processuais e recursais, na forma do art. 198, inciso I do ECA.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES PAULO BALBINO e ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de inventário - Incapaz figurando na condição de herdeiro - Intervenção do Ministério Público na condição de *custos legis* - Imposição legal - Ausencia de intimação sobre atos do processo - Nulidade - Inteligência dos artigos 178, inciso II, 179 e 279, *caput,* do CPC - Relativização - Corolário do princípio da *pás de nullité sans grief* - Dicção do §2º do art. 279 do CPC - Reconhecimento de nulidade condicionado à arguição de efetivo prejuízo pelo ministério público - Alegação verificada no caso em exame - Declaração de nulidade da sentença - Medida que se impoe

- A existência de prejuízo efetivo ao incapaz, concretizado pela ausência de oitiva prévia à prolação da sentença do Ministério Público, bem como acerca do seu teor, posteriormente à sua prolação, em manifesta afronta aos arts. 178, inciso II, 179 e 279, do CPC cogente, denota o reconhecimento, de ofício, da nulidade da sentença, exsurgindo-se a sua cassação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0407.12.003030-6/001 - Comarca de Mateus Leme - Apelante: Z.M.S. (inventariante) - Interessado: Espólio de G.B.R. - Relator: DES. MAURÍCIO SOARES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em SUSCITAR, DE OFÍCIO, A NULIDADE DA SENTENÇA PRIMEVA, PARA CASSÁ-LA, DETERMINANDO-SE O RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM, COM VISTAS À ESTRITA OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 178, INCISO II, DO CPC.

Belo Horizonte, 8 de agosto de 2019. - *Maurício Soares* - Relator.

Voto

DES. MAURÍCIO SOARES - Trata-se de recurso de apelação interposto por Z.M.S. contra a sentença de f. 118, proferida pela MM. Juíza da 1ª Vara Cível, Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Mateus Leme, nos autos da ação de abertura de inventário, por arrolamento, ajuizada pela recorrente, na condição de inventariante e representante de sua filha menor, herdeira de G.B.R..

A sentença homologou o plano de partilha apresentado às f. 69/77, atribuindo aos bens nela contemplados os respectivos quinhões, ressalvando erro ou omissão, eventualmente existentes, bem como os direitos de terceiros. Determinou, ainda, que se procedesse à expedição do formal de partilha ou certidão de pagamento, após a comprovação do pagamento das custas processuais, se for o caso.

Alega a apelante, em suas razões recursais de f. 120/129, em suma, que, quando da apresentação do plano de partilha de f. 69/77, nos termos do art. 1.790, inciso I, do CC, até então vigente, não foi considerada sua

meação, procedendo-se à partilha com a atribuição, em seu favor, de quota equivalente àquela atribuída ao filho, em razão da sucessão referir-se a bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Afirma, assim, que o ITCD restou recolhido de forma equivocada, na medida em que se considerou como sua base de cálculo o valor total dos bens, incluída sua meação, evidenciando, por conseguinte, a ocorrência de recolhimento a maior, impondo-se, pois, sua restituição acrescida das devidas correções.

Ressalta que já iniciou o processo tocante à aludida restituição, com a apresentação de declaração retificadora e solicitação de restituição, junto ao SIARE da Receita Estadual, tendo-lhe sido exigido, dentre a relação de documentos, o Alvará Judicial; todavia, devidamente pleiteado no juízo de origem, esse procedeu à prolação da sentença, sem apreciar tal pleito.

Assevera que durante o lapso atinente à suspensão do feito, com vistas à propositura de ação de reconhecimento de união estável, cujo julgamento restou procedente, foi declarada, quando do julgamento do RE n. 878.964/MG, a inconstitucionalidade do art. 1.790/2002, pelo STF, oportunidade em que se determinou a aplicação do art. 1.829/2002 para as ações futuras e aquelas pendentes de julgamento, ensejando a sua intimação, no presente feito, para a apresentação de novo plano de partilha.

Sustenta que, atendida a intimação aventada, com a apresentação do novo plano de partilha às f. 103/106 e novos pedidos à f. 113, o magistrado *a quo* procedeu à prolação da sentença; todavia, o fez erroneamente, considerando o plano apresentado anteriormente, com fulcro em dispositivo legal declarado inconstitucional, ignorando, ademais, os novos pedidos deduzidos.

Requer, pois, seja o presente recurso conhecido e provido, reformando-se a sentença recorrida, para: 1) homologar o plano de partilha apresentado às f. 103/06, com a consequente expedição do formal de partilha, nos termos do art. 1.829/02; 2) determinar a expedição do alvará judicial no valor de R$9.895,91, com as devidas correções, com vistas à restituição do ITCD pago a maior; 3) autorizar o levantamento do valor depositado em caderneta de poupança na CEF; 4) determinar a averbação/transferência, junto ao Detran, do veículo mencionado na relação de bens; 5) autorizar a transferência, junto aos órgãos competentes, da microempresa relacionada nos bens do espólio.

Às f. 138/139, foi determinada a intimação da douta Procuradoria Geral de Justiça, à luz da elocução do art. 279, § 2º, do CPC, para manifestar-se sobre a eventual ocorrência de nulidade processual advinda da ausência de intimação do Ministério Público, previamente à prolação da sentença, para manifestar-se sobre o novel plano partilha apresentado, assim como após a sua exação, para tomar ciência do seu teor, não obstante a existência de menor figurando na condição de herdeira no presente inventário.

Devidamente intimada, a douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pela cassação da sentença primeva, com a consequente anulação do feito desde o momento em que deveria ter havido a intervenção do Ministério Público, no juízo de origem, nos termos do Parecer de f. 140/141v.

É o relatório.

Ab initio, em um juízo precedente do trâmite processual delineado no presente feito, em cotejo à notória prolação de sentença pelo juízo primevo, sem, contudo, promover a prévia oitiva do membro do Ministério Público, atuante naquela instância, acerca do novel plano de partilha apresentado às f. 103/106, deixando, igualmente, de intimá-lo sobre o teor da sentença, *a posteriori*, exarada, não obstante a patente existência

de menor na condição de herdeira do inventário em comento, revela-se como imprescindível proceder-se à arguição, de ofício, da preliminar de nulidade processual, a culminar na inarredável inviabilidade de seu processamento, assim como julgamento meritório, nesta instância julgadora.

Estabelece o Código de Processo Civil em seus arts. 176, 178 e 179:

> Art. 176. O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis.
>
> [...]
>
> Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:
>
> I - interesse público ou social;
>
> II - interesse de incapaz;
>
> III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.
>
> Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.
>
> Art. 179. Nos casos de intervenção como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público:
>
> I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;
>
> II - poderá produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer.

Nesse diapasão, preconiza, ainda, a elocução do art. 279, § 2º, daquele mesmo diploma legal, *verbis*:

> Art. 279. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.
>
> [...] § 2º A nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo.

Como é cediço, a nova sistemática processual, amparada pela máxima decorrente do princípio do *pás de nullité sans grief*, o qual preceitua pela impossibilidade de reconhecimento de eventual nulidade processual acaso inexistente o advento de prejuízo às partes, dela decorrente, encerrou em seu texto legal, notadamente no § 2º, do aludido art. 279, disposição expressa sobre a viabilidade de se relativizar a norma constante em seu *caput*, deixando, à luz do ali disposto, a mera ausência de intimação do Ministério Público, por si só, de constituir fato ensejador da decretação de nulidade do processo, se inexistente a demonstração de efetivo prejuízo à ordem jurídica, ao regime democrático e aos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis, prejuízo esse que deverá ser aferido e devidamente arguido pelo *parquet*, quando regularmente intimado a se manifestar.

Nessa perspectiva, colhe-se que a demanda em exame tem por objeto a abertura de inventário de G.B.R., com vistas à realização da partilha dos bens transmitidos aos seus herdeiros, Z.M.S., P.B.R. e D.B.R., quando da abertura da sucessão em 4/8/2012, em razão do seu falecimento.

À vista disso, sucedendo-se à apreciação do rol de herdeiros, acima elencados, restou evidenciado que dentre eles figura P.B.R., nascida em 15/2/2002, consoante certidão de nascimento colacionada à f. 27, tendo, pois, alcançado, em fevereiro do presente ano, idade correspondente a 17 anos, evidenciando sua inconteste menoridade civil a ensejar a imprescindível intervenção do Ministério Público, na condição de *custos legis*, nos termos do supracitado art. 178, inciso II, do CPC.

Desta feita, à luz da elocução do art. 279, § 2º, do CPC, orientado pelos princípios norteadores da nova sistemática processual vigente, a saber, economia processual, instrumentalidade das formas, razoável duração do processo, cooperação, assim como conduzido pela primazia da entrega da tutela jurisdicional exata e adequada às partes, determinou-se a remessa dos autos à douta Procuradoria Geral de Justiça, atuante nesta instância *ad quem*, para que esta se manifestasse sobre a existência de eventual nulidade processual, em conformidade com o acima narrado, oportunidade em que veio aos autos o Parecer de f. 140/141, cujo trecho impende-se transcrever:

> [...]
>
> *In casu*, verifica-se que, após manifestação ministerial de fls. 99, deixou o juízo de intimar o *Parquet* para parecer quanto ao plano de partilha e para ciência da decisão que a homologou.
>
> Dessa forma, não foram observadas as normas cogentes estampadas nos arts. 279, 178, II, e 179, todos do Novo Código de Processo Civil, transcorrendo o processo sem intimação de todos os atos do processo e intervenção obrigatória do *parquet*. Logo, manifesta a nulidade absoluta do feito.

Assim, na medida em que a presente ação/recurso tem por objeto interesse de incapaz, a participação do Ministério Púbico em todas as fases processuais constitui postulado de natureza constitucional, pois, como tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

> Exsurgindo evidente o interesse público na solução da demanda, necessária é a intervenção do MP, em todas as fases da demanda, sob pena de nulidade do processo, não a suprindo a manifestação subsequente do procurador-Geral, já o feito em julgamento no segundo grau de jurisdição.

Desta feita, restando corroborada pela douta Procuradoria de Justiça de Minas Gerais, no exercício da sua função de fiscal da lei, a existência de prejuízo efetivo à parte incapaz, concretizado pela ausência de oitiva prévia, à exação da sentença, do Ministério Público, atuante no juízo de origem, sobre o novel plano de partilha apresentado às f. 103/106, bem como acerca do seu teor, posteriormente à sua prolação, culminando em manifesta afronta à elocução dos arts. 178, inciso II, 179 e 279, do CPC cogente, denota-se o reconhecimento da nulidade da sentença, exsurgindo a sua cassação como medida que se impõe.

Com tais considerações, suscito, de ofício, a nulidade da sentença primeva, para cassá-la, determinando, por conseguinte, o retorno dos autos ao juízo de origem, para que se promova a regular intimação do Ministério Público, atuante naquela instância, para manifestar-se sobre o novel plano de partilha colacionado às f. 103/106, em cumprimento à estrita observância da regra inserta no art. 178, inciso II, do CPC, prosseguindo-se, a partir de sua manifestação, com o regular processamento do feito, nos termos do ordenamento jurídico processual civil vigente.

Custas ao final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERGARIA COSTA e ELIAS CAMILO SOBRINHO.

Súmula - SUSCITARAM, DE OFÍCIO, A NULIDADE DA SENTENÇA PRIMEVA, PARA CASSÁ-LA, DETERMINANDO-SE O RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM, COM VISTAS À ESTRITA OBSRVÂNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 178, INCISO II, DO CPC.

• • •

Apelação cível. Embargos à execução fiscal. Preliminar. Intempestividade dos embargos. Rejeição. Mérito. IPTU. Cemig. Sociedade de economia mista de capital aberto. Ausência de regime de monopólio. Concessão adquirida por concorrência. Objetivo lucrativo. Impossibilidade de extensão da imunidade tributária recíproca. Ajuizamento da ação quando transcorridos mais de 05 anos de parte dos lançamentos. Prescrição parcial

- O prazo previsto no art. 8º, *caput*, da Lei 6.830/1980 não possui caráter preclusivo para fins de oposição de embargos à execução, tratando-se de norma que visa à mera constituição do devedor em mora.

- Ainda que o depósito realizado pela embargante para garantia do juízo tenha ocorrido após o prazo de cinco dias previsto no art. 8º, *caput*, da Lei 6.830/1980, tal fato não afasta a possibilidade de oposição de embargos, cujo prazo é regulado pelo art. 16 do mesmo diploma legal.

- A inteligência adequada do art. 16, I, da Lei de Execuções Fiscais, é no sentido de que o depósito realizado em garantia pelo devedor deve ser formalizado e reduzido a termo, iniciando-se o prazo para a oposição de embargos à execução apenas a partir da intimação do depósito. Jurisprudência do STJ.

- O STF reconheceu a possibilidade de se estender a imunidade do art. 150, VI, § 4º, CR/1988 às empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que sejam delegatárias de serviço público em regime de monopólio, possuam capital predominantemente estatal, não tenham finalidade predominantemente lucrativa e que o benefício tributário não provoque distorções concorrenciais - RE 253472, Rel. p/ o acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. em 25/8/2010.

- A Cemig, como sociedade de economia mista de capital aberto, que distribui lucro entre seus acionistas e presta serviços em concorrência com as demais empresas, não pode se beneficiar da imunidade fiscal, sob pena de provocar distorções no mercado. Inteligência do art. 173, CF/1988.

- A prescrição é instituto criado com o objetivo de estabilizar relações jurídicas perpetradas no tempo, penalizando o credor pela inércia em exercer seu direito em face do devedor.

- Tratando-se de IPTU e taxas de serviços urbanos, o lançamento se opera de ofício, no mês de janeiro do exercício financeiro respectivo, com a remessa da guia de recolhimento ao endereço do contribuinte, contando-se o prazo prescricional do dia seguinte ao vencimento da exação. Precedentes do STJ, sob a sistemática dos recursos repetitivos.

- É de se reconhecer a prescrição parcial da pretensão de agir quando, inexistindo prova do efetivo vencimento do tributo, verifica-se que, do lançamento definitivo de parte do débito fiscal até o efetivo ajuizamento da execução, transcorreram mais de cinco anos (art. 174, do CTN).

- Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0180.18.003207-0/001 - Comarca de Congonhas - Apelante: Município de Congonhas - Apelada: Cemig Distribuição S/A - Relator: JOSÉ EUSTÁQUIO LUCAS PEREIRA (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO)

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2019 - *José Eustáquio Lucas Pereira* - Relator.

Voto

JOSÉ EUSTÁQUIO LUCAS PEREIRA (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO) - Trata-se de apelação cível interposta pelo Município de Congonhas contra a sentença de f. 37/39 proferida pelo MM. Juiz de Direito Geraldo Antônio de Freitas, da 1ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da comarca de Congonhas, que, nos autos dos *embargos à execução fiscal* opostos pela Cemig Distribuição S/A, julgou procedentes os pedidos iniciais, para, considerando a existência de imunidade tributária, extinguir a execução fiscal apensa.

O embargado foi condenado ao pagamento de honorários de sucumbência, no importe de 10% do valor da causa atualizado.

Em razões de f. 41/58, o apelante aduz que: a) os embargos à execução foram opostos intempestivamente, considerando a interpretação conjunta dos art. 8º, *caput*, e 16, I, da Lei n. 6.830/1980; b) a Cemig é a proprietária dos imóveis descritos nas Certidões de Dívida Ativa, que embasam a presente execução fiscal; c) a apelada juntou a certidão de f. 35 com o nítido intuito de induzir o julgador a erro, pois o referido documento foi solicitado em nome da Companhia Energética de Minas Gerais, pessoa jurídica diversa da Cemig Distribuição S/A; d) a possibilidade de futura reversão dos bens à União é irrelevante no caso dos autos; e) não se aplica a imunidade tributária reciproca à sociedade de economia mista prestadora de serviço público oneroso sujeita à concorrência; f) o STF, no RE 253.472, e este Tribunal, no IRDR 1.0024.12.102409-5/002, definiram critérios para extensão da imunidade tributária às sociedades de economia mista, critérios estes não preenchidos pela apelada; g) *"o art. 150, § 3º da CR afastou de maneira expressa e clara a incidência da imunidade tributária recíproca quanto ao patrimônio relacionado com exploração de atividade econômica, mormente quando há contraprestação ou pagamento de tarifa pelo usuário, como na espécie"*; h) conceder imunidade tributária à apelada, além de afrontar as disposições constitucionais, compromete o caráter concorrencial do setor.

Contrarrazões apresentadas pela recorrida às f. 59/74.

Relatados, tudo visto e examinado, Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminar.

Sustenta o apelante a intempestividade dos embargos à execução fiscal, considerando a interpretação conjunta dos art. 8º, *caput*, e 16, I, da Lei n. 6.830/1980.

O art. 8º, *caput*, da Lei 6.830/1980 estabelece que "o executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução".

A despeito de entendimentos contrários, tal dispositivo não apresenta prazo preclusivo para fins de oposição de embargos à execução, tratando-se de norma que visa à mera constituição do devedor em mora.

Nesse contexto, ainda que o depósito realizado pela embargante (f. 27/28 - apenso) tenha ocorrido após o prazo de cinco dias previsto no art. 8º, *caput*, da Lei 6.830/1980, tal fato não afasta a possibilidade de oposição de embargos, como pretende o apelante, cujo prazo é regulado pelo art. 16 do mesmo diploma legal.

E, da correta inteligência que se faz do art. 16, I, da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/1980: Art. 16. O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados: I - do depósito; [...]), tem-se que o termo inicial do prazo para oferecimento de embargos à execução fiscal, nos casos em que o executado efetua depósito em dinheiro para garantir o débito (art. 16, § 1º, da LEF: § 1º. Não são admissíveis embargos do executado antes de **garantida a execução**), corresponde à data da intimação acerca da formalização do depósito - e não à data do próprio depósito.

Nesse sentido, há muito se orienta a jurisprudência do STJ:

> Processual civil. Embargos de divergência. Embargos à execução fiscal. Prazo. Art. 16, II da Lei 6.830/1980. Depósito em dinheiro. 1. Feito depósito em garantia pelo devedor, deve ser ele formalizado, reduzindo-se a termo. O prazo para oposição de embargos inicia-se, pois, a partir da intimação do depósito. 2. Embargos de divergência providos. (EREsp 1062537/RJ, Rel.ª Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, j. em 2/2/2009, *DJe* de 4/5/2009).

> Processual civil. Execução fiscal. Ofensa ao art. 535 do CPC/1973 não demonstrada. Embargos à execução. Termo inicial do prazo. Intimação do depósito. 1. Hipótese em que o Tribunal local consignou que o cômputo do prazo para Embargos à Execução se inicia a partir do depósito. 2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do CPC/1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado. 3. O acórdão recorrido está em dissonância com a jurisprudência do STJ, que possui precedente firmado pela Corte Especial acerca do início do prazo para o oferecimento dos Embargos à Execução Fiscal, nos casos em que o executado efetua depósito em dinheiro, para garantir o débito. Com efeito, o depósito realizado em garantia pelo devedor deve ser formalizado, reduzindo-se a termo, iniciando-se o prazo para a oposição de Embargos a partir da intimação do depósito. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.634.365/PR, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, *DJe* 29/3/2017; EREsp 1.062.537/RJ, Rel.ª Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, *DJe* de 4/5/2009; REsp 1.506.980/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJe* de 31.3.2015. 4. Remessa dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que se proceda a contagem do prazo para oposição dos Embargos à Execução a partir da intimação do depósito. 5. Recurso Especial provido (REsp 1690521/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 19/9/2017, *DJe* de 10/10/2017).

Na espécie, verifica-se que o depósito foi realizado em 23/5/2018 (f. 28 - apenso), não tendo ocorrido sua formalização e redução a termo, como estabelecido pela jurisprudência do STJ, tampouco a posterior intimação do devedor.

Assim, não teria se implementado o termo *a quo* do prazo de 30 dias para interposição dos embargos.

Nada obstante, mesmo se considerada a data do depósito (23/5/2018), iniciada a contagem do prazo em 24/05/2018, e considerando a suspensão do expediente forense entre os dias 29/05/2018 e 1º/6/2018, estabelecida pelas Portarias Conjuntas da Presidência n. 743, 750 e 751, todas de 2018, o seu termo final se deu em 10/7/2018, sendo os embargos opostos em 9/7/2018 (f. 02v).

Portanto, não restam dúvidas acerca da tempestividade dos embargos.

Ante o exposto, rejeito a preliminar.

Mérito.

A controvérsia quanto à extensão da imunidade tributária recíproca às empresas públicas e sociedades de economia mista tem dividido a doutrina e a jurisprudência deste TJMG, merecendo detida análise.

A imunidade tributária ora discutida encontra assento no art. 150, VI, da Constituição da República:

> 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;
>
> (...)
>
> § 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.
>
> § 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.

A leitura literal do dispositivo acima permite a extensão da imunidade tributária recíproca apenas às autarquias e fundações. Todavia, para dar o real alcance à norma citada, é necessário examiná-la sob o ponto de vista teleológico, analisando a finalidade à qual se propôs o texto constitucional e a razão de instituição da imunidade intergovernamental recíproca.

A imunidade recíproca é um desdobramento do pacto federativo e impede a sujeição de um ente federativo ao poder de tributar do outro, preservando a renda e/ou patrimônio necessários para que cada ente político atinja suas finalidades institucionais.

Trata-se de forma de preservação da soberania, da autonomia e da igualdade das entidades da federação.

A Constituição da República deixou explícita a extensão do art. 150, VI, *a*, às autarquias e fundações, não tendo feito o mesmo em relação às demais entidades da administração indireta. No entanto, a meu ver, a ausência de menção expressa não implica imediata exclusão, *a priori,* da possibilidade de que, em

casos excepcionais, as sociedades de economia mista e empresas públicas gozem da imunidade tributária recíproca, desde que a extensão do benefício se justifique pela forma de atuação dessas pessoas jurídicas, aproximando-as do regime jurídico das autarquias e fundações.

A administração indireta, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, "é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada" (*Manual de Direito Administrativo*, 22. ed., 2009, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 435). Ou seja, os entes que compõe a administração indireta são criados para promover a execução de tarefas estatais, através da transferência da titularidade ou da execução de tais atividades, não havendo dúvidas de que se trata de atuação do próprio Estado, ainda que de forma descentralizada.

As autarquias e fundações são entes da administração pública indireta com personalidade jurídica de direito público, enquanto as sociedades de economia mista e empresas públicas possuem personalidade jurídica de direito privado, o que gera dúvidas a respeito da possibilidade de extensão da imunidade recíproca às ultimas.

Embora, usualmente, as empresas públicas e sociedades de economia mista exerçam funções ligadas à atuação econômica do Estado, em igualdade de condições com a iniciativa privada e regidas pelas normas de direito privado - atraindo a vedação do § 3º do inciso VI do art. 150, bem como as previsões do art. 173, § 1º, II, CR/88 -, tais entidades também podem executar serviços públicos propriamente ditos (CR/88, art. 175), aproximando-se da natureza conferida às autarquias e fundações.

Da leitura sistemática do art. 150, VI, §§ 2º e 3º c/c art. 173, § 1º, II, CR/1988, percebe-se que o constituinte, em atendimento ao princípio da isonomia, vedou privilégios tributários ao Estado - seja na forma da administração direta, quanto na forma indireta - nos casos em que ele atua explorando atividade econômica, colocando-o em igualdade com as empresas privadas. Com isto, visou a evitar distorções concorrenciais, relegando o sucesso ou o fracasso empresarial às regras de mercado.

Da mencionada observação decorre a conclusão de que a imunidade tributária recíproca não é uma prerrogativa conferida aos entes federativos em função de sua qualidade pessoal, mas sim em virtude das atividades estatais por eles exercidas em prol da coletividade e da consecução do "bem comum", aí inserida a prestação de serviços públicos.

A respeito, doutrina Sacha Calmon Navarro Coêlho:

> Este modo de ver a imunidade intergovernamental recíproca é o mais acordo com a realidade. O "telos" do princípio imunitório é, precisamente, não permitir que a coisa pública venha a ser molestada pela tributação: o patrimônio (uma *universitas rerum*), as rendas, os serviços públicos.
>
> As pessoas políticas não possuem capacidade contributiva. Ao revés, são dotados de competência para tributar, não porém umas as outras.
>
> De mais a mais, a questão entranha-se no intrico federativo. As pessoas políticas que convivem na Federação estão voltadas, todas elas, ao bem comum. Não é admissível que venham a tributar-se mutuamente, estendendo-se a imunidade até as instrumentalidades dos Poderes Públicos (*Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 254).

Partindo-se da premissa de que a imunidade tributária foi conferida aos entes federativos para preservar o patrimônio destinado à consecução dos objetivos institucionais do Estado (saúde, educação, segurança, transporte, dentre outros), e que os serviços públicos prestados pela administração pública são instituídos

para atingir essas finalidades essenciais, o tratamento tributário privilegiado deve ser estendido às instrumentalidades estatais – assim entendidas as entidades da administração indireta que atuam nas atividades típicas de Estado, incidindo no art. 175 da CR/1988.

Elucidativas as observações de Regina Helena Costa, em "Imunidades Tributárias - Teoria e Análise da Jurisprudência do STF", p. 144/145, Malheiros:

> Inicialmente, analisemos a situação da empresa estatal - empresa pública ou sociedade de economia mista - que recebeu a outorga, por meio de lei, da prestação de serviço público cuja competência pertence à pessoa política que a criou.
>
> Tais pessoas detêm personalidade de Direito Privado e compõem a Administração Pública Indireta ou Descentralizada. Têm sua criação autorizada, sempre por lei (art. 37, XIX, da CF) para desempenhar atividade de natureza econômica, a título de intervenção do Estado no domínio econômico (art. 173 da CF) ou como serviço público assumido pelo Estado (art. 175 da CF).
>
> Recebendo tais entes o encargo de prestar serviço – consoante a noção exposta –, o regime de sua atividade é o de Direito Público, o que inclui, dentre outras prerrogativas, o direito à imunidade fiscal.
>
> O raciocínio resume-se, no seguinte: se o serviço público for prestado diretamente pela pessoa política estará, indubitavelmente, imune à tributação por via de impostos. Ora, a mera delegação da execução desse serviço público, pela pessoa que é titular da competência para prestá-lo à coletividade, por meio de lei, a uma empresa por ela constituída - empresa pública ou sociedade de economia mista –, que se torna delegatária do serviço, não pode, portanto alterar o regime jurídico – inclusive tributário que incide sobre a mesma prestação.
>
> A descentralização administrativa, como expediente destinado a garantir maior eficácia na prestação de serviços públicos (art. 37, *caput*, da CF), não tem o condão de alterar o tratamento a eles dispensado, consagrador da exoneração tributária concernente a impostos.

Portanto, deve-se diferenciar as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público daquelas que exercem atividade econômica, restando claro, quanto às últimas, a sujeição ao regime tributário a que se submetem as demais empresas privadas (art. 173, CR/1988). No entanto, quanto às primeiras, deve-se admitir a extensão dos privilégios tributários conferidos ao Estado, desde que sejam elas prestadoras de serviços públicos, em regime de monopólio, na qualidade de delegatárias da administração pública direta.

No mesmo sentido, o entendimento do mestre José dos Santos Carvalho Filho:

> É cabível, no entanto, admitir, como o fazem alguns estudiosos, situação excepcional que não seria atingida pelas regras restritivas do art. 173: é a hipótese em que a empresa pública ou a sociedade de economia mista executam serviço público monopolizado. A concessão de um ou outro privilégio (tributário) seria admissível nesse caso em virtude da inexistência de ameaça ao mercado e da ausência de risco de abuso do poder econômico. Com efeito, se o regime é monopolizado, por força de alguma estratégia especial do Estado, não há regime de competitividade e nem se pode considerar propriamente o serviço executado como atividade econômica stirctu sensu, esta sim suscetível de exercício pelas empresas privadas em geral, como afirma o art. 170, parágrafo único, da CF (*Manual de Direito Administrativo.* 22 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 480/481).

A lógica acima exposta foi adotada em *leading case* pelo Supremo Tribunal Federal para estender a imunidade tributária do art. 150, VI, CR à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) - qualificada como empresa

pública. A questão foi julgada pelo Pleno da Corte Constitucional, sendo frisado, na oportunidade, a natureza *sui generis* da ECT – que, segundo a Corte, possui natureza autárquica –, para garantir a exoneração fiscal do § 2º do citado dispositivo constitucional (RE n. 220.906, *DJ* de 14/11/2002).

Posteriormente, a Corte Suprema entendeu que a imunidade tributária recíproca também seria extensível às sociedades de economia mista (AC 1.550-2/RO, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 18/5/2007), no caso da CAERD - Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia, baseando-se no precedente dos Correios. Igualmente, foi reconhecida a discutida imunidade à Infraero no RE 363412 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, *DJe* de 19/9/2008.

Por fim, em recente julgamento também pelo Plenário, o STF explicitou os requisitos que devem ser levados em consideração para se estender a imunidade tributária às sociedades de economia mista e empresas públicas prestadoras de serviço público:

> Tributário. Imunidade recíproca. Sociedade de economia mista controlada por ente federado. Condições para aplicabilidade da proteção constitucional. Administração portuária. Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp). Instrumentalidade estatal. Arts. 21, XII, f, 22, X, e 150, VI, a da Constituição. Decreto Federal 85.309/1980. 1. Imunidade recíproca. Caracterização. - Segundo teste proposto pelo ministro-relator, a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a da Constituição) deve passar por três estágios, sem prejuízo do atendimento de outras normas constitucionais e legais: 1.1. A imunidade tributária recíproca se aplica à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em conseqüência, é incorreto ler a cláusula de imunização de modo a reduzi-la a mero instrumento destinado a dar ao ente federado condições de contratar em circunstâncias mais vantajosas, independentemente do contexto. 1.2. Atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política. 1.3. A desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a intervenção do Estado seja favor preponderante. 2. Sociedade de economia mista. Exploração de serviços de administração portuária. Controle acionário majoritário da união. Ausência de intuito lucrativo. Falta de risco ao equilíbrio concorrencial e à livre-iniciativa. Segundo se depreende dos autos, a Codesp é instrumentalidade estatal, pois: 2.1. Em uma série de precedentes, esta Corte reconheceu que a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres caracteriza-se como serviço público. 2.2. O controle acionário da Codesp pertence em sua quase totalidade à União (99,97%). Falta da indicação de que a atividade da pessoa jurídica satisfaça primordialmente interesse de acúmulo patrimonial público ou privado. 2.3. Não há indicação de risco de quebra do equilíbrio concorrencial ou de livre-iniciativa, eis que ausente comprovação de que a Codesp concorra com outras entidades no campo de sua atuação. 3. Ressalva do ministro-relator, no sentido de que "cabe à autoridade fiscal indicar com precisão se a destinação concreta dada ao imóvel atende ao interesse público primário ou à geração de receita de interesse particular ou privado". Recurso conhecido parcialmente e ao qual se dá parcial provimento (RE 253472, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. em 25/8/2010, *DJe*-020, divulg. 31/1/2011. p. em 1º/2/2011, Ement. v. 2454-04, p. 803).

Após criteriosa discussão travada no precedente transcrito, foram ressaltados pontos importantes a serem observados para a concessão da imunidade do art. 150, VI, § 2º, CR/1988 aos entes da administração pública indireta com personalidade de direito privado:

1. O benefício relaciona-se aos objetivos institucionais do ente federado e não à sua condição pessoal;

2. Atividades de exploração econômica, com objetivo primordialmente lucrativo se submetem à tributação;

3. A atividade tributária não pode provocar distorções concorrenciais;

4. Sociedades de economia mista atuando como instrumentalidade estatal, na condição de delegatárias de serviços públicos, gozam da imunidade recíproca;

5. O controle acionário deve ser primordialmente público;

6. A cobrança de taxas/preço público dos usuários do serviço público, prevista na vedação do § 3º, art. 150, CR/1988, só desconfigura a situação de imunidade se restar demonstrado o objetivo lucrativo da empresa prestadora.

Cumpre examinar, destarte, a situação da embargante frente aos critérios acima enumerados, para se aferir se faz jus à imunidade intergovernamental recíproca.

A Cemig é uma sociedade de economia mista responsável pela distribuição de energia em diversas regiões deste Estado de Minas Gerais, e, tendo se submetido à concorrência pública para então lograr-se vencedora no regime de concessão, patente a inexistência de monopólio dos serviços.

Na execução de suas atividades, a recorrente concorre, no mercado, com empresas privadas.

Também se afigura indiscutível o caráter lucrativo da prestação do seu serviço, tratando-se de sociedade de capital aberto, com distribuição de lucro aos seus acionistas.

Portanto, ainda que se trate de um serviço público, ele está sendo prestado com intuito lucrativo, não havendo de se cogitar quanto à possibilidade de extensão de benefícios tributários, sob pena de ferir-se a livre concorrência e provocar distorções no mercado.

O fato de o bem poder ser revertido à propriedade da União não afasta a hipótese de incidência do IPTU que, como já mencionado, abarca também o domínio útil e a posse, determinando que a empresa arque com o tributo enquanto for detentora do domínio útil. Se o bem, ainda que público, está sendo utilizado por pessoa jurídica de direito privado e para finalidades lucrativas, deve ocorrer a tributação normalmente.

No mesmo sentido, cito os precedentes desta Corte:

> Apelação cível. Tributário. Embargos à execução. Inovação recursal. Conhecimento em parte do apelo. IPTU. Imóvel de propriedade da cemig. Imunidadade tributária recíproca. Art. 150, VI, "a" da CR. Inaplicabilidade da prerrogativa. Arts. 150, § 3º e 173, §§ 1º e 2º, da CF. - O questionamento acerca da inexigibilidade da CCSIP - Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública, ao fundamento de que a Lei n. 10.364/2002, que a instituiu, "não prevê que a cobrança da CCSIP pode ser realizada juntamente com os demais tributos de competência do município", configura inovação recursal e supressão de instância, devido ter sido arguido apenas em sede recursal; portanto, não pode ser conhecido. - Não se reconhece a imunidade tributária, prevista no art. 150, VI, *a* da CR, à sociedade de economia mista, instituída sob a forma de sociedade por ações, com distribuição de lucros aos seus acionistas e que explora atividade econômica em que há pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nos termos dos arts. 150, § 3º e 173, §§ 1º e 2º, do referido diploma constitucional (Apelação Cível

> nº 1.0145.12.029555-8/001, Rel. Des. Versiani Penna, 5ª Câmara Cível, j. em 11/7/2013, publicação da súmula em 17/7/2013).
>
> Apelação cível. Tributário. Embargos à execução. IPTU. Cemig. Empresa de economia mista concessionária de serviço público. Imunidade tributária recíproca inexistente. Recurso desprovido. - A teor do art. 150, § 3º, da Constituição Federal, não goza da chamada imunidade tributária recíproca a empresa de economia mista que exerça atividade econômica e se sujeita às normas de direito privado, razão pela qual não se exime do pagamento do IPTU que tem como fato gerador imóvel de sua propriedade e uso (Apelação Cível nº 1.0145.11.010012-3/001, Rel. Des. Peixoto Henriques, 7ª Câmara Cível, j. em 11/3/2014, p. em 14/3/2014).
>
> Tributário e constitucional. Apelação cível. Cemig. IPTU. Concessionária de serviço público. Sociedade de economia mista. Imunidade tributária recíproca. Inaplicabilidade. - Descabida a pretensão da Cemig de gozar de imunidade constitucional relativa ao Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), tendo em vista sua natureza de sociedade de economia mista, concessionária de serviço público de energia elétrica, que explora atividade econômica, em concorrência com a iniciativa privada (Apelação Cível nº 1.0145.11.027108-0/001, Rel. Des. Barros Levenhagen, 5ª Câmara Cível, j. em 9/08/2012, p. em 20/8/2012).

Destarte, a apelada não faz jus à imunidade tributária requerida na inicial dos embargos, devendo a sentença deve ser reformada, com prosseguimento da execução.

Nada obstante, deve-se ressaltar que somente se mostra possível a cobrança do IPTU e das respectivas taxas inscritas nas CDA de f. 04/18 dos autos em apenso, referentes aos exercícios de 2013, 2014 e 2015.

Isso porque, nos termos do art. 174 do CTN, a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. A prescrição se interrompe, segundo o parágrafo único, inciso I, do referido dispositivo, com redação dada pela Lei Complementar 118/2005, pelo despacho que ordena a citação pessoal do devedor.

A execução fiscal tem por objeto débito tributário decorrente do não pagamento do IPTU e taxas, referente aos exercícios de 2011 a 2015 (f. 04/18 - apenso), tendo sido ajuizada em 23/02/2017 (f. 02v - apenso).

Na lição do professor Sacha Calmon, o lançamento só se torna realmente definitivo quando não mais possa ser objeto de recurso por parte do sujeito passivo ou de revisão por parte da Administração. E acrescenta:

> Isto pode ocorrer em pontos vários de tempo, dependendo das leis de cada ordem de governo e das vicissitudes do próprio processo de efetivação e revisão do ato jurídico do lançamento (*Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 746).

Tratando-se de IPTU, o lançamento se opera de ofício, no primeiro mês do exercício financeiro respectivo, com o envio da Guia de Recolhimento ao endereço do contribuinte, fluindo o prazo prescricional a partir do dia seguinte ao vencimento da exação estabelecido na referida guia.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, pela sistemática de recurso repetitivo, prevista no art. 1.039 do Código de Processo Civil, nos REsp 1.641.011/PA e 1.658.517/PA:

> Processual civil e tributário. Recurso especial representativo da controvérsia. IPTU. Prescrição. Termo inicial. Dia seguinte ao vencimento da exação. Parcelamento de ofício da dívida tributária. Não configuração de causa suspensiva da contagem da prescrição. Moratória ou parcelamento apto a suspender a exigibilidade do crédito tributário. Necessária manifestação de vontade do contribuinte. Parcelamento

de ofício. Mero favor fiscal. Aplicação do rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015. Art. 256-I do RISTJ. Recurso Especial do Município de Belém/PA a que se nega provimento. 1. Tratando-se de lançamento de ofício, o prazo prescricional de cinco anos para que a Fazenda Pública realize a cobrança judicial de seu crédito tributário (art. 174, caput do CTN) referente ao IPTU, começa a fluir somente após o transcurso do prazo estabelecido pela lei local para o vencimento da exação (pagamento voluntário pelo contribuinte), não dispondo o Fisco, até o vencimento estipulado, de pretensão executória legítima para ajuizar execução fiscal objetivando a cobrança judicial, embora já constituído o crédito desde o momento no qual houve o envio do carnê para o endereço do contribuinte (Súmula 397/STJ). Hipótese similar ao julgamento por este STJ do REsp. 1.320.825/RJ (Rel. Min. Gurgel de Faria, *DJe* de 17/8/2016), submetido ao rito dos recursos repetitivos (Tema 903), no qual restou fixada a tese de que a notificação do contribuinte para o recolhimento do IPVA perfectibiliza a constituição definitiva do crédito tributário, iniciando-se o prazo prescricional para a execução fiscal no dia seguinte à data estipulada para o vencimento da exação. 2. O parcelamento de ofício da dívida tributária não configura causa interruptiva da contagem da prescrição, uma vez que o contribuinte não anuiu. 3. O contribuinte não pode ser despido da autonomia de sua vontade, em decorrência de uma opção unilateral do Estado, que resolve lhe conceder a possibilidade de efetuar o pagamento em cotas parceladas. Se a Fazenda Pública Municipal entende que é mais conveniente oferecer opções parceladas para pagamento do IPTU, o faz dentro de sua política fiscal, por mera liberalidade, o que não induz a conclusão de que houve moratória ou parcelamento do crédito tributário, nos termos do art. 151, I e VI do CTN, apto a suspender o prazo prescricional para a cobrança de referido crédito. Necessária manifestação de vontade do contribuinte a fim de configurar moratória ou parcelamento apto a suspender a exigibilidade do crédito tributário. 4. Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24 de 28/9/2016), cadastrados sob o Tema 980/STJ, fixando-se a seguinte tese: (i) o termo inicial do prazo prescricional da cobrança judicial do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU inicia-se no dia seguinte à data estipulada para o vencimento da exação; (ii) o parcelamento de ofício da dívida tributária não configura causa interruptiva da contagem da prescrição, uma vez que o contribuinte não anuiu (REsp 1.641.011/PA e 1.658.517/PA, Primeira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 14/11/2018, *DJe* de 21/11/2018).

O ente municipal não assinalou, e tampouco comprovou que, no caso em exame, a Guia fora remetida em data diversa, apenas defendendo que a prescrição deveria ser contada da data do vencimento do tributo (f. 50/51).

No entanto, como acima exposto, sendo o IPTU tributo cujo lançamento se dá de ofício, a constituição do crédito tributário ocorre com a notificação do contribuinte para pagamento, sendo que seu vencimento não costuma se delongar muito para além do mês de janeiro, momento a partir do qual começa a correr o prazo prescricional.

Importante esclarecer que a "Data Venc." constante das CDA não se presta a comprovar a data do vencimento para pagamento dos tributos, de modo que caberia ao ente municipal apresentar cópia das guias enviadas ao contribuinte – o que não se verifica no caso vertente.

Feitos tais apontamentos, vê-se, *in casu*, que o crédito é relativo aos exercícios financeiros de 2011 a 2015 (CDA de f. 04/18 - apenso). Observa-se, ainda, que não foi indicada qualquer causa interruptiva da prescrição (como o parcelamento).

Deste modo, ausente demonstração da efetiva data do vencimento da exação, o mês de janeiro de tais anos deve ser tomado como termo *a quo* para contagem do prazo prescricional.

Assim sendo, a prescrição do valor relativo aos exercícios de 2011 e 2012 findaria, respectivamente, em janeiro de 2016 e janeiro de 2017, antes do ajuizamento do feito executivo pela Fazenda, no final de fevereiro de 2017 (f. 02v - apenso).

Nesse contexto, patente a perda parcial da pretensão de agir pelo credor, com fulcro no art. 174, *caput*, do CTN, afigurando-se correto o reconhecimento da prescrição do próprio crédito dos exercícios de 2011 e 2012.

Com tais considerações, dou parcial provimento ao recurso para determinar o prosseguimento do feito executivo apenas no que tange aos créditos tributários dos exercícios de 2013, 2014 e 2015.

Ante o novo resultado da lide, condeno a embargante ao pagamento de 60% das custas processuais, inclusive recursais, e de honorários de sucumbência no importe de 10% do proveito econômico obtido pelo ente municipal, correspondente ao valor dos créditos tributários de 2013 a 2015. Fica o Município apelante condenado ao pagamento de honorários advocatícios de 10% do proveito econômico obtido pela sociedade, correspondente ao valor do crédito de 2011 e 2012, isento quanto às custas.

DES. MOACYR LOBATO - De acordo com o Relator.

DES. LUÍS CARLOS GAMBOGI - Na hipótese dos autos, acompanho integralmente o voto do e. Relator, uma vez que tenho entendimento no mesmo sentido sobre a matéria. A propósito, colaciono:

> Apelação cível. Embargos à execução. Preliminares rejeitadas. IPTU e TSU. Cemig. Sociedade de economia mista. Imunidade tributária. Inaplicabilidade. Art. 150, § 3º, da CF/88. Prejudicial de mérito. Prescrição parcial da pretensão executória. Não configurada. Art. 174 do CTN. Taxa de serviços urbanos. Cobrança conjunta. Ausência de especificidade e divisibilidade. Caráter genérico e indivisível. Impossibilidade. Recurso parcialmente provido. - A imunidade tributária prevista no art. 150, VI, *a* da Constituição Federal, não alcança a sociedade de economia mista, concessionária de energia elétrica, para afastar a incidência do IPTU sobre o imóvel de sua propriedade. – As Taxas de Serviços Urbanos não podem ser exigidas pelo Município de Santa Luzia, em razão do caráter genérico e indivisível do serviço prestado à coletividade como um todo, sem benefício direto para determinado contribuinte, o que contraria as disposições do artigo 145, II, da Constituição Federal e do art. 77 do CTN. - Honorários recursais devidos nos termos do art. 85, § 3º, I, e § 11º do CPC/2015. - Preliminares e prejudicial de mérito rejeitadas. Recurso provido em parte. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0245.13.016274-7/001, Rel. Des. Luís Carlos Gambogi, 5ª Câmara Cível, j. em 9/8/2018, p. em 14/8/2018).

É como voto.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação civil pública por ato de improbidade administrativa - Município de Delfim Moreira - Bem imóvel - Alienação - Valores obtidos - Destinação diversa da prevista em lei - Irregularidades verificadas - Improbidade administrativa configurada - Penalidades aplicadas - Razoabilidade - Sentença mantida

- O ato de improbidade pressupõe aproveitar-se da função pública para obter ou distribuir, em proveito próprio ou para outros, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer gênero e, de alguma maneira, infringindo os princípios que norteiam as atividades da Administração Pública.

- A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 4°, descreve quatro modalidades de penas, quais sejam suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, que serão aplicadas aos sujeitos que praticarem atos que resultem em improbidade administrativa.

- Restando incontroverso nos autos que os valores percebidos com a alienação do imóvel pelo Poder Executivo Municipal tiveram destinação diversa da prevista na Lei n° 1.305/2012, é de se reconhecer a improbidade administrativa.

- A penalidade imposta deve permitir a punição do ato improbo, além de revestir-se de caráter pedagógico e punitivo, devendo ser mantida no caso em questão.

- Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0324.15.003441-5/001 - Comarca de Itajubá - Apelante: Carlos Antonio Ribeiro - Apelado: Município de Delfim Moreira - Relator: FÁBIO TORRES DE SOUSA (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO)

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2019. - *Fábio Torres de Sousa* - Relator.

Voto

FÁBIO TORRES DE SOUSA (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO) - Trata-se de Apelação Cível interposta por Carlos Antônio Ribeiro em face da sentença proferida pela MMª. Juíza da 3ª Vara Cível da Comarca de Itajubá, nos autos da Ação de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Município de Delfim Moreira.

No provimento, a d. Magistrada de origem julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais, para condenar o requerido à suspensão de seus direitos políticos, bem como a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais creditícios, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual

seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos; e ao pagamento de multa civil correspondente a 05 (cinco) vezes o valor da remuneração auferida pelo agente.

Condenou o requerido, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação pecuniária.

Em suas razões recursais, apresentadas às f. 475/485, o apelante alega que "o ex-prefeito não agiu em desconformidade com o que prevê o artigo 3°, da Lei Municipal que autorizou a alienação do imóvel". Relata que "as verbas oriundas da alienação do imóvel foram aplicadas para a ampliação da rede de captação e distribuição do abastecimento de água no Município, por meio da construção de quatro reservatórios metálicos (...) cuja capacidade de armazenamento é de 48.000 (quarenta e oito mil) litros".

Aduz que "a verba não foi utilizada para cobrir despesas correntes da Municipalidade, sendo empregadas em outro bem, de extremo interesse do Município, quais sejam os enormes reservatórios de água construídos". Afirma que "por não guardarem semelhanças com qualquer espécie de bem móvel, tratando-se de uma instalação hidráulica complexa, os reservatórios devem ser equiparados a um bem imóvel público".

Argumenta que "não havendo demonstração e comprovação do dolo (ainda que genérico, ou seja, quando há a vontade manifesta de praticar ato contrário aos princípios da Administração Pública), não se pode condenar o agente pela prática de ato de improbidade administrativa nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992".

Por fim, relata que a multa fixada em 05 (cinco) vezes o valor da remuneração auferida se mostra desproporcional.

Pugna pelo provimento do recurso, para reformar a sentença recorrida e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Preparo devidamente colacionado à f. 486.

Contrarrazões apresentadas às f. 487/493.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça às f. 502/504 opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Revelam os autos tratar-se de Ação de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Município de Delfim Moreira em face de Carlos Antônio Ribeiro, pleiteando a condenação do requerido nos atos de improbidade administrativa.

A d. Magistrada de origem julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais para condenar o requerido à suspensão de seus direitos políticos, bem como a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais creditícios, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos; e ao pagamento de multa civil correspondente a 05 (cinco) vezes o valor da remuneração auferida pelo agente.

Dessa sentença recorre o apelante, pelas razões acima aduzidas.

Pois bem.

A priori, insta destacar que a moralidade administrativa constitui pressuposto de validade de todo ato da administração pública, devendo levar em conta o administrador tanto o aspecto legal, como o aspecto de honestidade, com o intuito de atender o interesse da coletividade.

Sobre o dever de probidade ou de honestidade destaca-se:

> O dever de probidade ou de honestidade no trato da coisa decorre do dever constitucional de agir conforme os princípios da moral na Administração Pública, isto é, com boa fé, fidelidade à verdade, respeito a toda pessoa humana, sem causar danos a quem quer que seja, sem dilapidar quem quer que seja, sem dilapidar o patrimônio público, sem usar o cargo ou função apenas para o benefício próprio ou extrair vantagens egoísticas (MUKAI, T. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: NDJ, 1999, p. 157).

Indubitavelmente, a improbidade administrativa é um dos maiores males que envolve a máquina administrativa brasileira, constituindo um aspecto negativo da má administração, o que justifica a implementação de um controle mais rígido.

O ato de improbidade pressupõe aproveitar-se da função pública para obter ou distribuir, em proveito próprio ou para outros, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer gênero e, de alguma maneira, infringindo os princípios que norteiam as atividades na Administração Pública.

Marçal Justen Filho conceitua improbidade administrativa:

> A improbidade administrativa consiste na ação ou omissão, no exercício da função pública, caracterizada por danosidade ou reprovabilidade extraordinárias, que acarreta a imposição de sanções civis, administrativas e penais, de modo cumulativo ou não, tal como definido em lei (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.124).

E continua:

> Para que se configure improbidade, é necessário que a infração produza efeitos danosos sérios e relevantes. Se a infração não prejudicar, de modo consistente, interesses, bens ou direitos da administração, não se configura improbidade.
>
> [...] A danosidade ou reprovabilidade extraordinárias exigem uma punição ainda mais severa que a máxima prevista. Nessas hipóteses, o sancionamento ultrapassa limites da relação administrativa existente, para acarretar a eliminação ou a restrição de poderes jurídicos alheios aqueles em cujo âmbito a infração foi consumada. A sanção atinge uma dimensão de aversão pública, levando ao conhecimento de todos a prática de infrações odiosas e sua submissão a sanções dotadas de gravidade extrema (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.126 e 1.128).

Desse modo, pode-se conceituar o ato de improbidade administrativa como todo aquele praticado por agente público, contrário às normas da moral, à lei e aos bons costumes, com visível falta de honradez e de retidão de conduta no modo de agir perante a administração pública direta, indireta ou fundacional envolvidas pelos Três Poderes.

O preceito constitucional, inscrito no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, abrange os agentes públicos de maneira geral:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

> § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

O recorrente busca a reforma da sentença recorrida, a fim de afastar a condenação por atos de improbidade administrativa.

Consta dos autos, que o apelante, à época, Prefeito do Município de Delfim Moreira, sancionou a Lei n°1.305/2012, que autoriza alienação de bem imóvel e contém outras disposições.

Citada lei autorizou a alienação de imóvel, nos seguintes termos:

> Art. 1° Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a alienar, na forma legal, um lote urbano de propriedade do Município, localizado na interseção entre a Rua Benedito Valadares e a rua dom Bosco (hoje Travessa Joaquim do Zeca), com área total de 242,55m², sem benfeitorias, com as seguintes medidas e confrontações: pela frente mede 17,90 confrontando com a Rua Benedito Valadares, pelo lado esquerdo mede 13,55m confrontando com a Rua Dom Bosco; pelo lado direito mede 13,55m confrontando com a igreja; pelo fundo mede 17,90m confrontando com a Telemar. Imóvel registrado no CRI desta Comarca sob a matrícula n°29.751, Livro 2.
>
> Art. 2° O imóvel de que trata esta Lei está avaliado em R$60.000,00 (sessenta mil reais), conforme laudo de avaliação que é parte integrante desta lei.
>
> Art. 3° A receita auferida com a alienação ora autorizada não poderá ser utilizada para a aquisição de outro bem imóvel.
>
> Art. 4° Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Verifica-se, portanto, que a destinação auferida com a venda do imóvel mencionado seria para aquisição de outro bem imóvel.

O autor noticia que o ora apelante deu destinação diversa à receita recebida, incorrendo na prática de ato administrativo.

No caso versado, embora relevantes os argumentos trazidos pelo apelante, deve ser mantida a sentença recorrida.

De fato, da análise do conjunto probatório, percebe-se que o imóvel foi alienado pelo valor de R$60.050,00 (sessenta mil e cinquenta reais), conforme comprovante de f. 60.

O depósito da quantia mencionada ocorreu na conta corrente do ente público Municipal, agência 5253, conta 00360-1, em 22/11/2012, consoante extrato bancário de f. 65.

Por sua vez, consta do mesmo documento que o valor recebido pela venda do imóvel descrito na Lei n°1.305/2012 foi utilizado para o pagamento dos empenhos n°01719, 02070, à Indústria, Comércio e Construtora Ltda, no importe de R$5.000,00 e R$50.540,92, respectivamente (f. 70 e 66).

As notas de empenho especificam que os valores foram utilizados para a "construção de reservatório metálico 300.000L, para ampliação de rede de captação e distribuição do abastecimento de água, conforme t.p nº 01/12, processo nº 10/12, contrato nº56/12, convênio nº 01/11 e comprovante" e "mão de obra e material p/ construção de 4 reservatórios metálicos 48.000L, para ampliação de rede de captação e distribuição do

abastecimento de água, conforme t.p nº 08/12, processo nº 113/12, contrato nº 96/12, convênio nº 58/12 e comprovante.

Posto isso, na hipótese, percebe-se que os valores percebidos com a alienação do imóvel pelo Poder Executivo Municipal tiveram destinação diversa da prevista na Lei nº 1.305/2012.

O próprio apelante, em suas razões, corrobora com tal afirmação, ressaltando que *"as verbas oriundas da alienação do imóvel foram aplicadas para a ampliação da rede de captação e distribuição do abastecimento de água no Município"*, restando incontroversa nos autos, portanto, a destinação diversa do valor recebido.

O requerido tenta justificar que usou o dinheiro para construção dos reservatórios afirmando que havia interesse público.

Contudo, sem razão o recorrente, na medida em que a lei foi expressa ao mencionar que o valor deveria ser utilizado para aquisição de outro bem imóvel.

Destarte, restaram demonstrados os atos de improbidade administrativa, haja vista que o requerido deu destinação diversa da prevista em lei a dinheiro público.

Acerca do tema, já se manifestou este eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> Direito constitucional. Direito administrativo. Apelação. Reexame necessário. Realização de ofício. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Parcial procedência. Aplicação analógica do art. 19 da lei de ação popular em relação à parte improcedente. Entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça. Convênio firmado pelo Município de Delfim Moreira visando ações de saneamento básico. Irregularidade na aplicação da verba. Ato ímprobo previsto no artigo 11 da Lei 8.429/1992. Configuração. Elemento subjetivo do agente. Dolo. Presença. Violação do princípio da legalidade. Sanção de multa civil. Cabimento. Condenação pela prática do ato de improbidade previsto no artigo 10 da Lei 8.429/1992. Não cabimento. Prova da utilização da verba em finalidade que não beneficiou o ente público. Ausência. Prejuízo ao erário. Não configuração. Sentença confirmada. Recurso desprovido. - Demonstrado que o réu, na condição de Prefeito do Município de Delfim Moreira, destinou verba de convênio para finalidade diversa da prevista, resta configurado o ato de improbidade administrativa tipificado no artigo 11 da lei federal 8.429/1992, em razão da violação do princípio da legalidade, sendo que o elemento subjetivo do agente (dolo), no presente caso, decorre da atuação deliberada em desrespeito às normas legais expressas e objetivas, cujo desconhecimento e inescusável. - Deve ser mantida a penalidade de multa civil de cinco vezes do valor da remuneração que o réu recebia como Prefeito, porque tal sanção se mostra adequada ao tipo de ato praticado, no qual o Chefe do Executivo Municipal dá destinação diversa da prevista em convênio, que visava ações de saneamento básico, sendo que o montante fixado não é desarrazoado, considerando que o inciso III, do artigo 12, prevê a aplicação de multa civil de até 100 vezes o valor da remuneração do agente. - Por outro lado, é descabida a condenação do réu pela prática do ato de improbidade previsto no artigo 10 da Lei 8.429/1992 (prejuízo ao erário), que foi requerida na inicial, mas não foi acolhida pela sentença, porque não há prova de que o referido montante foi utilizado em proveito do próprio Prefeito ou de terceiro, sendo possível que o montante tenha sido utilizado em outra despesa pública (TJMG - Apelação Cível nº 1.0324.15.005779-6/001, Rel. Des. Moreira Diniz, 4ª Câmara Cível, j. em 14/3/2019, p. em 19/3/2019).

Descabe, ainda, a alegação do recorrente no sentido de que não houve dolo. Conquanto não exista a presença do dolo específico, restou demonstrada a existência de dolo genérico, notadamente porque, embora ciente da destinação que o valor da alienação do imóvel devesse ter, preferiu realizar as obras para construção dos reservatórios.

Sabe-se que o uso da coisa pública de maneira dissociada do interesse público na área tem gerado inúmeros prejuízos ao erário e trazido inconformismos da população em relação às condutas dos agentes públicos, em especial, dos agentes políticos. Desse modo, deve analisar a aplicação das penalidades de acordo com o caso concreto.

O preceito constitucional, inscrito no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988, abrange os agentes públicos de maneira geral:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]
>
> § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Portanto, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 4º, descreve quatro modalidades de penas, *suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário,* que serão aplicadas aos sujeitos que praticarem atos que resultem improbidade administrativa.

Sobre o assunto complementa Waldo Fazzio Júnior:

Parece seguro afirmar que a Lei n. 8.429/1992, mais do que coibir o dano material advindo da prática de atos desonestos, busca também punir o gravame imposto à moral positivada. Destarte, é imprescindível, para a aplicação das penalidades mais severas, que a atuação do administrador destoe nítida e manifestadamente das pautas morais básicas, transgredindo assim, os deveres de retidão e lealdade ao interesse público.

> A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar (FAZZIO JÚNIOR, W. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 483 e 111).

A Lei n. 8.429/1992 classifica os atos de improbidade administrativa em três modalidades:

a) Atos de Improbidade Administrativa que importam enriquecimento ilícito - (artigo 9º);

b) Atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário - (artigo 10);

c) Atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública - (artigo 11).

Os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito estão elencados no art. 9º da Lei nº 8.429/1992 e consistem naquelas condutas comissivas que resultam na obtenção de vantagem patrimonial indevida, ilícita, em razão do cargo, mandato, função ou emprego público ou da função pública em geral.

O artigo 10º da Lei 8.429/1992 dispõe acerca dos atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário:

> Artigo 10- Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei [...].

Nos termos do art. 11 da referida lei, são caracterizados por ações comissivas ou omissivas que violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

> I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
>
> II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
>
> III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
>
> IV - negar publicidade aos atos oficiais;
>
> V - frustrar a licitude de concurso público;
>
> VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
>
> VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Segundo o art.12 da Lei nº 8.429/1992, as cominações pela prática de atos de improbidade administrativa são independentes das sanções penais, civis e administrativas cabíveis, e as sanções previstas em seus incisos I, II e III podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato.

No tocante à aplicação das penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992, deve-se ficar atento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

O apelante requer sejam reduzidas as sanções aplicadas para um patamar compatível aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

In casu, observa-se que o recorrente exercia a chefia do Poder Executivo Municipal. No caso em tela, o requerido, ora apelante, conferiu destinação diversa ao recurso financeiro recebido, motivo pelo qual deve ser compelido à prática dos atos previstos no art. 11.

Evidencia-se, ainda, que a aplicação da suspensão dos direitos políticos, bem como a proibição do requerido de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios é medida que se impõe.

> Não há dúvidas de que as sanções impostas pelo descumprimento do dever de probidade são severas. No entanto, trata-se de decisão constitucional, decorrente do triste histórico nacional de impunidade, mormente quando se trata de fraudar o erário ou a própria sociedade, mediante a frustração dos direitos sociais. Pode-se dizer, portanto, que a Constituição de 1988 adotou o cumprimento da moralidade e da probidade como um princípio basilar de todo o desenvolvimento da administração pública. Seu descumprimento fulmina na base a atividade estatal e a busca do bem comum, merecendo, por isso, forte repressão pelo ordenamento jurídico. (WEICHERT, MARLON Alberto. *A sentença condenatória na ação de improbidade administrativa*: profundidade e extensão das sanções. Disponível em www2. senado.leg.br Acesso em 23 de ago/2016)

No caso em epígrafe, a penalidade em relação à suspensão dos direitos políticos e suspensão de contratar foi aplicada no patamar mínimo, atendendo os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Do mesmo modo, a determinação de pagamento da multa civil correspondente a 05 (cinco) vezes o valor da remuneração auferida pelo agente mostra-se adequada e proporcional.

Destarte, a multa representa medida coercitiva de notória eficácia, sendo plenamente cabível na espécie, até mesmo como medida educativa, para que o requerido não venha cometer novamente tais atos.

Assim, na hipótese, conclui-se que as penalidades foram aplicadas no patamar razoável, atendendo-se aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, conforme reza o art. 12, inc. II, da Lei de Improbidade Administrativa.

Desse modo, ao contrário do alegado pelo apelante não há que se falar em redução das sanções aplicadas, até mesmo porque as penalidades impostas devem permitir a punição do ímprobo, além de revestir-se de caráter pedagógico, devendo ser mantida quando aplicada adequadamente, como no caso em tela.

Dessa forma, o r. juízo *a quo* conferiu correto e seguro desate à causa.

Diante de tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Custas processuais pelo apelante. Sem honorários.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO e PAULO BALBINO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível. Contrato de seguro habitacional. Vícios de construção. Exclusão da cobertura securitária. Risco não contratado. Indenização securitária. Não devida

- Nos termos do art. 757 do Código Civil, pelo contrato de seguro o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, contra riscos predeterminados. Hipótese em que o autor imputou à seguradora, ré, um risco não contratado, razão pela qual a indenização não é devida.

- Excluída expressamente do contrato de seguro habitacional a cobertura para vícios de construção, é improcedente o pedido de condenação da seguradora ao reparo dos vícios construtivos existentes no imóvel.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0372.11.003467-8/001 - Comarca de Lagoa da Prata - Apelante: Maria Conceição Morais da Silva - Apelada: Caixa Seguradora S/A - Relator: DES. TIAGO PINTO.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2019. - *Tiago Pinto* - Relator.

Voto

DES. TIAGO PINTO (RELATOR) - Maria da Conceição Moraes ajuizou ação de indenização securitária à Caixa Seguradora S/A, sob o argumento de que adquiriu um imóvel por meio de financiamento na Caixa Econômica Federal (f. 5), com seguro obrigatório. Disse que o imóvel apresenta vícios e pede que a ré seja condenada a ressarcir os danos morais e materiais decorrentes dos danos do imóvel.

Em contestação (f.73/90), a seguradora sustenta, em suma, que os danos do imóvel não possuem cobertura contratual.

Em sentença, os pedidos iniciais foram julgados improcedentes, ao fundamento de que "o sinistro comunicado pela autora se encontra expressamente excluído da cobertura contratual" (f. 271).

Nas razões recursais, a autora/apelante invoca a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Afirma que, por se tratar de seguro habitacional obrigatório, regido pelo Sistema Financeiro Habitacional, o seguro contratado deve cobrir, também, os vícios de construção (f. 280).

Nestes termos, pede o provimento do recurso.

Em contrarrazões, a ré/apelada sustenta a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e alega a expressa exclusão contratual do dano narrado.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

A autora/apelante celebrou contrato de compra e venda de imóvel residencial, mediante financiamento pela Caixa Econômica Federal, "com recursos do SBPE no âmbito do sistema financeiro de habitação - SFH" (f. 23), com garantia de alienação fiduciária do imóvel.

O art. 20, *d*, do Decreto-Lei nº 73/66, estabelece que é obrigatório o seguro de "bens dados em garantia de empréstimos ou financiamentos de instituições financeiras pública".

É a hipótese dos autos.

Em razão da obrigatoriedade da contratação de seguro contra os riscos que afetam o imóvel, dado em garantia do contrato de mútuo firmado com a Caixa Econômica Federal, foi celebrado o contrato de seguro, cujas condições estão às f. 95/118.

No caso, a autora/apelante pretende receber a indenização securitária, em razão dos problemas apresentados no imóvel, que diz estar sob o risco de desabamento.

Segundo consta nos autos, o imóvel apresenta entupimento de rede de esgoto, inundações, umidade generalizada e trincas em paredes e pisos (f. 271).

É fato incontroverso que os referidos vícios são de construção. A perícia realizada (f. 213/224) constata que os danos narrados foram causados por negligência construtiva e, no recuso de apelação, a autora não impugna a conclusão sentencial de que os vícios apresentados no imóvel são de construção.

Estabelecido que os danos existentes no imóvel decorrem de vícios de construção, necessário perquirir se foi contratada a cobertura securitária respectiva.

Da leitura do contrato de seguro celebrado entre o autora/apelante e a ré Caixa Seguradora S/A, é possível verificar que foi expressamente pactuada a exclusão dos danos materiais resultantes de vícios construtivos (cláusula 9; f. 98).

Não se pode imputar à seguradora ré/apelada a cobertura de um risco não contratado, nos termos daquilo que dispõe o artigo 757, do Código Civil, que diz: *"pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, contra riscos predeterminados"*.

Vale ressaltar que não há pedido inicial de reconhecimento da abusividade da cláusula contratual que exclui a cobertura securitária aos danos decorrentes de vícios de construção do imóvel, de forma que são plenamente aplicáveis as disposições pactuadas.

As disposições do Código de Defesa do Consumidor aplicam-se aos contratos de financiamento vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação, conforme entendimento pacífico (3ª Turma, AgRg no REsp nº 1093154/RS, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, unânime, j. em 16/12/2008, *DJ* de 20/2/2009).

A despeito disso, "considerando que ao tempo da contratação o autores/apelante tiveram conhecimento das cláusulas de exclusão de cobertura securitária, as quais são de fácil compreensão e foram redigidas com destaque (em negrito), ficam os consumidores a elas vinculados, eis que atendidos os requisitos impostos pelos art. 46 e 54, § 4º, todos do CDC." (TJMG - Apelação cível nº 1.0024.10.143828-1/003, Rel. Des. Vicente

de Oliveira Silva, *DJe* de 17/4/2015), in TJMG - Apelação cível nº 1.0433.12.017069-4/002, Rel. Des. Antônio Sérvulo , 17ª Câmara Cível, j. em 27/10/2016, p. em 8/11/2016).

O fato de o imóvel ter sido inspecionado por engenheiros da credora fiduciária Caixa Econômica Federal não afasta a aplicabilidade da excludente de cobertura contratual, pois a vistoria se deu para fins de análise da garantia em contrato de mútuo.

Como foi exposto, tratando-se de risco expressamente excluído da cobertura securitária, não é possível acolher o pleito inicial de condenação da seguradora ré/apelada à reparação dos vícios existentes no imóvel da autora.

Nesse sentido, os precedentes deste Tribunal de Justiça:

> Apelação cível. Ação de cobrança. Indenização securitária. Seguro habitacional. Falta de conservação e vícios de construção expressamente excluídos no contrato. Ausência de cobertura. Verificação. - Para ocorrer a cobertura securitária, nos termos do contrato celebrado entre as partes, é necessário que os danos sejam "decorrentes de eventos de causa externa, assim entendidos os causados por forças ou agentes anormais que, atuando de fora para dentro, sobre o prédio, ou sobre o solo ou subsolo em que o mesmo se acha edificado", (cláusula 6.2) e não pelos próprios componentes da construção, evidenciando a exclusão de cobertura. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.09.628532-5/002, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira , 17ª Câmara Cível, j. em 10/11/2016, p. em 22/11/2016)
>
> Ação de cobrança. Seguro habitacional. Vício de construção. Exclusão de cobertura. A cláusula contratual que exclui, expressamente, a cobertura de danos decorrentes de falhas de construção no imóvel é válida. Demonstrado que os danos observados no imóvel são oriundos de vício de construção, e ausente o risco de desmoronamento, lícita a negativa de indenização securitária. (TJMG - Apelação cível nº 1.0000.17.043727-1/001, Rel. Des. Estevão Lucchesi , 14ª Câmara Cível, j. em 3/8/2017, p. em 4/8/2017).

Com essas considerações, nega-se provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante, suspensa a exigibilidade em razão da gratuidade da justiça deferida.

Majoram-se os honorários advocatícios para 12% (doze por cento) sobre o valor da causa, na forma do art. 85, § 11, do CPC, suspensa a exigibilidade em razão da gratuidade da justiça deferida.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA e VALÉRIA RODRIGUES QUEIROZ.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível. Ação de cobrança. Associação sem fins lucrativos. Não pagamento de obrigações contratuais. Proteção veicular. Rateio de valores entre associados. Legalidade. Descumprimento de obrigação de permanência mínima. Multa

- Mesmo considerando a similitude das atividades desenvolvidas pela associação com as operações próprias das seguradoras de veículos, entendo que há manifesta diferença entre elas, não sendo possível vislumbrar qualquer violação às normas da Susep.

- Não se confunde com o contrato de seguro o negócio jurídico firmado com associação para amparo mútuo de seus associados, com repartição de custos e benefícios entre seus participantes, inclusive com a proteção de coisa ou de pessoa, nos termos de sua regulamentação própria.

- Enquanto o contrato de seguro tem como contraprestação o pagamento do prêmio pelo segurado, sendo este calculado através de estimativas atuariais, a atividade desenvolvida pela associação apelante possui como cerce o rateio de prejuízos entre seus associados, não existindo qualquer espécie de reserva de valores.

- É bem de ver-se a existência de vínculo associativo entre as partes não afasta a aplicação dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, sendo certo que a associação se enquadra no conceito de fornecedora de serviços, previsto no art. 3º do Diploma Consumerista.

- Não arcando o contratante com sua contraprestação, a de permanência mínima após o sinistro, cláusula contratual que prevê o pagamento do rateio das parcelas fixas, além daquelas advindas de dano parcial, ou emergencial ao veículo, com base em valor percentual de tabela Fipe, impõe-se a correta cobrança da multa prevista.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0471.15.004500-6/001 - Comarca de Pará de Minas - Apelante: Antônio Fabrício da Silva - Apelado: Associação de Caminhoneiros - Br Truck - Relatora: DES.ª VALÉRIA RODRIGUES QUEIROZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2019 - *Valéria Rodrigues Queiroz* - Relatora.

Voto

DES.ª VALÉRIA RODRIGUES QUEIROZ - Trata-se de recurso de apelação cível, interposto por Antônio Fabrício da Silva, contra a sentença de f. 159/160, proferida nos autos da ação de cobrança, ajuizada por Associação de Caminhoneiros - Br Truck, em face do apelante, que julgou procedente o pedido inicial,

condenando o réu ao pagamento da quantia de R$11.771,00, corrigidos monetariamente pela tabela da Corregedoria-Geral de Justiça e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, ambos, a partir da citação. Custas e honorários no importe de 10% sobre o valor da condenação, pela ré.

Em suas razões recursais de f. 164/170, alega a nulidade contratual; que a cobrança é indevida, pois rescindiu o contrato por inadimplemento das obrigações assumidas pela apelada; bateu pela impossibilidade de cobrança do rateio de parcelas fixas. Enfim, requereu o provimento do recurso para a reforma do julgado com a total improcedência dos pedidos iniciais.

Preparo realizado, f. 193.

A apelada ofereceu contrarrazões, f. 173/182, batendo-se pela manutenção da sentença hostilizada.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos legais de sua admissibilidade.

Trata-se de ação de cobrança, ajuizada pela apelada, cuja pretensão foi julgada procedente pela douta Magistrada singular, com o que, pretendendo o apelante sucumbente seja reformada para reconhecer ilegalidade e consequente nulidade contratual, na medida em que a sentença hostilizada condenou o réu ao pagamento da quantia de R$11.771,00, corrigidos monetariamente pela tabela da Corregedoria-Geral de Justiça e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, ambos, a partir da citação, ao autor.

Vejamos.

Pela importância, registro inicialmente que, no ordenamento jurídico vigente, não é possível vislumbrar qualquer óbice no ajuizamento da presente ação de cobrança, considerando, sobretudo, que constitui fato incontroverso a existência de um vínculo associativo entre as partes. Em tese, existindo o inadimplemento de obrigações contratuais, expressamente assumidas por um dos contratantes, é lícita a dedução, em juízo, da pretensão relativa ao seu cumprimento.

De acordo com o seu regimento interno, constata-se que a apelada é constituída sob a forma de associação civil, sem fins lucrativos, tendo por objeto a assistência, orientação e representação dos trabalhadores autônomos e empresas de transporte rodoviário de cargas.

Ocorre que, a despeito do entendimento contrário defendido pelo apelante, mesmo considerando a similitude das atividades desenvolvidas pela apelada com as operações próprias das seguradoras de veículos, há manifesta diferença entre elas, não sendo possível vislumbrar qualquer violação às normas da Susep.

Enquanto o contrato de seguro tem como contraprestação o pagamento do prêmio pelo segurado, sendo este calculado através de estimativas atuariais, a atividade desenvolvida pela associação apelante possui como cerce o rateio de prejuízos entre seus associados, não existindo qualquer espécie de reserva de valores.

Sobre o tema, eis o entendimento desta Corte:

> Apelação cível. Ação de cobrança. Associação sem fins lucrativos. Disponibilização aos associados de proteção automotiva. Não pagamento das obrigações referentes à aludida garantia. Possibilidade jurídica do pedido. Causa madura. Julgamento. Procedência do pedido inicial. I - A disponibilização

> do serviço de proteção automotiva pela Associação não caracteriza o contrato firmado entre as partes em típico contrato de seguro. II - Havendo ajuste entre as partes de garantia de proteção automotiva, aos contratantes é exigido o cumprimento das normas acordadas. III - O desrespeito às obrigações assumidas pelas partes legitima o contratante lesado a exigir o respectivo cumprimento, não havendo se falar em impossibilidade jurídica do pedido. IV - Cassada a sentença que extinguiu o processo, sem resolução de mérito, passa-se, desde logo, ao julgamento da causa, com fulcro no permissivo do art. 515, § 3º, do CPC, estando o feito devidamente instruído. V - Tendo a parte Autora comprovado os fatos constitutivos de seu direito e o Réu não apresentado defesa, a procedência do pedido inicial é medida que se impõe (TJMG - Apelação Cível 1.0105.11.033176-3/001, Rel. Des. Leite Praça, 17ª Câmara Cível, j. em 27/6/2013, p. em 9/7/2013)

É bem de ver-se que a existência de vínculo associativo entre as partes não afasta a aplicação dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, sendo certo que a apelada enquadra-se no conceito de fornecedora de serviços, previsto no art. 3º do Diploma Consumerista.

A propósito:

> Ação indenizatória. Associação sem fins lucrativos. Rateio de prejuízos mediante contraprestação mensal. Atividade securitária. Relação de consumo configurada. Sinistro. Negativa de pagamento da cobertura. Atraso no pagamento das contribuições. Recebimento das contribuições após o sinistro. Elisão da mora. Suspensão da cobertura. Impossibilidade. Cláusula abusiva. Indenização devida. Lucros cessantes. Comprovação. Ressarcimento devido. Danos morais. Inocorrência. Sendo a associação requerida pessoa jurídica de direito privado, que oferece a prestação de serviços securitários, mediante remuneração, nos termos do art. 2º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, caracteriza-se como fornecedora de serviços, pelo que não há óbice a que seja submetida às regras do diploma consumerista pelo simples fato de não possuir fins lucrativos. A conduta da associação de suspender a cobertura do seguro e, ainda assim, permitir o pagamento em atraso das contribuições devidas pelo associado mesmo ciente do sinistro ocorrido coloca a parte consumidora em manifesta situação de desvantagem, indo de encontro ao disposto no art. 51, do Código de Defesa do Consumidor, além de ofender o princípio da boa-fé objetiva que deve reger toda relação contratual. Tendo a requerida recebido o pagamento das parcelas em atraso, certo é que assentiu com a purga da mora e, se assim procedeu, não pode arguir o disposto no artigo 9.2 do seu Regulamento Interno para se eximir do pagamento a que está obrigada por força de contrato. (...) (TJMG - Apelação Cível 1.0024.11.271223-7/002, Rel. Des. Anacleto Rodrigues (JD CONVOCADO), 12ª Câmara Cível, j. em 12/11/2014, p. em 20/11/2014).

Foi opção do autor a proteção veicular que é prestada pela associação à qual aderiu, não sendo razoável que reclame da falta de informações sobre a sua forma de funcionamento, diante a notória finalidade da formação de tais grupos de ajuda mútua, com a finalidade de viabilizar alguma proteção aos associados que não se dispõem a arcar com os prêmios cobrados pelas seguradoras.

Assim, confirmo o afastamento da aplicação da Circular Susep nº 269/2004, devendo o benefício devido pela requerida/apelada ser apurado de acordo com o que está previsto no *Manual do Associado*.

Delineado isso, prossigo com a matéria fática que originou o presente recurso, qual seja a de que, através da presente ação de cobrança, a apelada/autora buscou o recebimento da quantia de R$11.771,00, que diz respeito ao inadimplemento de valores dos rateios pendentes de pagamento (multa revertida ao grupo de associados para abatimento no rateio das despesas), até a data da obrigatoriedade de permanência no grupo de ajuda mútua, pelo apelante, nos quadros de associados contratualmente previsto.

Remetendo-se às cláusulas contratuais, às quais aderiu o apelado, é possível constatar a obrigatoriedade do referido período de permanência do associado (mínimo de 12 meses a partir do evento - 15/11/2013 - data do sinistro), sob pena de multa.

A legislação pátria não proíbe a associação de pessoas, com vistas ao rateio de prejuízos advindos de riscos futuros, mediante adesão a sistema de proteção de veículo automotivo. Vale dizer, o apelante aderiu livremente ao contrato, tendo-lhe sido prestada assistência quando necessitou, contudo, não arcando com sua contraprestação - a de permanência mínima após o sinistro -, circunstância que o obrigava ao pagamento do rateio das parcelas fixas, além daquelas advindas de dano parcial ou emergencial ao veículo, com base em valor percentual de tabela Fipe.

Presentes os requisitos de validade do negócio jurídico, não há falar em invalidade do contrato firmado entre as partes.

Por derradeiro, é oportuno salientar que responsabilidade do apelado pelo rateio dos sinistros, ocorridos antes do seu pedido de exclusão, além de possuir expressa previsão na avença, decorre também da necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado entre a cooperativa e os seus associados. Nesse contexto, considerando os elementos de prova que instruem peça vestibular, entendo que se revela evidenciado nos autos o inadimplemento do apelante, impondo-se a confirmação do acolhimento da pretensão deduzida na inicial.

Posto isso, nego provimento ao recuso, confirmando a sentença tal como proferida.

Condeno o apelante ao pagamento das custas processuais, inclusive as recursais, e honorários advocatícios, que ora majoro para 12% sobre o valor da condenação.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores TIAGO PINTO e MAURÍLIO GABRIEL.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação de procedimento comum - Reparação por dano moral - Transporte aéreo - Alegação de furto de equipamento no interior de bagagem despachada - Transporte de produto proibido (*skate* elétrico) - Proibição expressa no site da empresa aérea - Retenção da bagagem para averiguação e retirada do produto - Legalidade - Dano moral não configurado - Indenização indevida

- Havendo informações claras acerca da proibição de transporte de determinado equipamento (*skate* elétrico - *hoverboards*) no *site* da empresa aérea por questão de segurança, é desnecessária a comunicação ou alerta direta e pessoal, quanto à restrição de transportar o equipamento.

- Tratando-se de retirada do equipamento em razão de procedimentos de segurança pela TSA (Transportation Security Administration), não há que se falar em furto ou na exigência de apresentação de termo de retirada, tendo em vista a existência de prévia proibição de seu transporte por questões de segurança do voo. Assim, não há como se responsabilizar a empresa ré pelo ocorrido, motivo pelo qual deve ser mantida a sentença que julgou improcedente a presente ação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0384.16.004844-1/001 - Comarca de Leopoldina - Apelante: Ronaldo Lopes Costa Reis Filho - Apelada: British Airways PLC - Relator: DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 19 de junho de 2019. - *José Flávio de Almeida* - Relator.

Voto

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Ronaldo Lopes Costa Reis Filho apela da sentença (f. 67/70) destes autos de ação de procedimento comum ajuizada contra British Airways PLC, que julgou improcedentes os pedidos inicias e o condenou ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios de 10% do valor da causa, suspensa a exigibilidade nos termos do § 3º do art. 98 do Código de Processo Civil.

O apelante alega que "o extravio da bagagem, por si só, já configura dano moral indenizável"; que "trazia consigo presente para seu filho, que tem apenas seis anos de idade, lembranças para seus familiares [...] chocolates, os quais, inclusive, foram consumidos no desviar de sua bagagem"; que "teve de desembolsar suas economias pessoais destinados ao custeio de sua cerimônia de matrimônio [...] para adquirir roupas e demais itens de uso diário [...]" (f. 99). Traz entendimento jurisprudencial no tema.

Sustenta que a responsabilidade da apelada "opera-se por força do simples fato da violação (dano *in re ipsa*)" (f. 101); que o "juízo singular ainda deixou de ponderar sobre o furto dos chocolates e outros bens de propriedade do apelante, verificável pelas fotos da mala antes e depois do infortúnio vivido". Pede o

provimento do recurso e a reforma da sentença para "reconhecer que o apelante sofreu mais do que meros dissabores cotidianos com o extravio de sua bagagem [...] e com o furto de bens de sua propriedade que nela se encontravam, como relógios e chocolates" (f. 102).

O apelante é beneficiário da justiça gratuita.

Em resposta, a apelada defende a aplicabilidade das "Convenções e Tratados internacionais em detrimento do Código de Defesa do Consumidor" (f. 107). Traz entendimento jurisprudencial no tema. Alega que as fotografias que instruíram a inicial "são provas frágeis, unilaterais, e não podem ser consideradas para verificação do dano, haja vista que de forma alguma comprovam que os itens estavam na bagagem"; que "um dos itens que o recorrente alega ter sido retirado de sua bagagem, trata-se de *skate* elétrico '*hoverboard*', o qual, em sede de contestação, já foi apontado como item proibido de ser transportado em razão de iminente risco de explosão, o que era inclusive de plena ciência do recorrente no momento do embarque"; que o transporte do *skate* elétrico é totalmente proibido pela maioria das empresas aéreas, em razão do risco à navegação aérea inerente às baterias de lítio; que "a ré disponibiliza em seu *website* tal informação. O citado brinquedo possui um parágrafo dedicado inteiramente a ele, onde é explicado ao passageiro [...] o motivo pelo qual o transporte é proibido [...]" (f. 107v).

Sustenta que por questões de segurança a "bagagem do recorrente foi submetida à procedimentos de escaneamento, momento no qual, ao constatar-se a presença do equipamento eletrônico sujeito a explosão na bagagem, esta precisou ser aberta e tal item retirado pelas autoridades aeroportuárias" (f. 108); que "em razão da necessidade de submeter a bagagem a procedimentos de segurança, abertura desta e retirada do item cujo colocava risco aos passageiros e tripulação do voo, [...] houve consequentemente, atraso em sua devolução"; que o apelante foi o "único culpado pela retenção do *skate* eletrônico e consequente atraso da bagagem"; que o apelante foi informado que poderia recuperar o *skate*. "para tanto, ele deveria tomar as providências ali descritas" (f. 108v); que não há prova nos autos de qualquer ato ilícito praticado pela apelada a ensejar indenização por dano moral. Pede o desprovimento da apelação e a manutenção da sentença.

Conheço do recurso porque estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

O autor/apelante busca reparação por danos materiais e morais sob o argumento de que "embarcou em Dublin (Irlanda) com destino ao Rio de Janeiro, no dia 28/1/2016. [...] Ao chegar ao local de destino - Rio de Janeiro - o autor verificou que sua mala havia sido extraviada, não tendo recebido no momento do desembarque. [...] só recebeu sua mala no dia 4/2/2016. [...] Ao abrir sua mala, o autor verificou que ela havia sido violada sem sua autorização e, sem que sequer tal fato lhe fosse comunicado, pois estava toda desarrumada e alguns itens haviam sumido, os quais são: 01 relógio, 01 *skate* elétrico modelo *Hoverboard*, e, como se não bastasse, ainda comeram alguns chocolates que estavam na mala e se destinavam a presentear amigos e parentes".

Sustenta que foi informado pela empresa aérea que "não aceita o transporte do *skate Hoverboard* devido a sua bateria de litium" (f. 03); que em momento algum foi comunicado acerca desta proibição. Afirma que não foi "ressarcido pelos gastos diários autorizados pela empresa Ré ($100,00 por dia), o autor teve de tirar dinheiro de sua reserva pessoal, destinada aos gastos com o seu casamento [...] visto que não possuía recursos disponíveis para tais gastos extraordinários. Por consequência disso, o orçamento planejado para o casamento restou-se prejudicado" (f. 4).

O MM. Juiz de Direito julgou improcedentes os pedidos, com os seguintes fundamentos:

> [...] É incontroverso nos autos a viagem realizada pelo autor junto à companhia aérea requerida, bem como a retirada da mala do requerente do *skate* descrito nos autos e o atraso na restituição da bagagem. A questão de fato e de direito da demanda consiste em saber se a retirada do *skate* foi legítima ou não, de modo a subsidiar a pretensão autoral de ser restituído no seu valor médio de mercado, bem como se o extravio da bagagem e demora na sua restituição ao autor ensejaram danos de ordem moral, de forma a ser indenizado. Em pesquisa realizada no site da empresa suplicada, especificamente a informada no e-mail encaminhado ao autor (f. 23) e o descrito na resposta, vejo, claramente, o item "*Hoverboards* e outros artigos de lazer elétricos" dentre a listagem de equipamento esportivo e de lazer incluído na categoria de artigos cujo transporte na bagagem aérea é totalmente proibido. Portanto, incumbia ao requerente, antes de realizar uma viagem aérea, seja ela internacional ou não, verificar pormenorizadamente as regras da companhia aérea quanto ao transporte de algum equipamento em sua bagagem, sendo certo que, em se tratando de voo internacional, referida obrigação é crucial, já que as regulamentações e restrições legais sobre o transporte de artigos, seja na bagagem de mão ou não, alteram de acordo com as regras do país ontem está situado o aeroporto e companhia aérea. Pontuo que inaceitável a tese autoral apresentada na exordial de que não foi comunicado acerca da referida proibição, já que lhe é atribuída, assim como a todos os usuários, instruir-se quanto às normas/regulamentos que regem sua viagem, em especial as alusivas as bagagens. Se não o fizera, assumiu o risco inerente, no caso o de ter a bagagem aberta para retirada de equipamento cujo transporte aéreo é proibido na referida companhia. Portanto, não há que se falar em dever da suplicada em reparar o requerente materialmente, especificamente o valor do *skate Hoverboard*, até porque, ao contrário do afirmado na exordial, referido produto não foi furtado ou está desaparecido, pois em informação prestada extrajudicialmente ao requerente, e-mail de Ás. 23/24, a requerida informa-o da remoção do *skate* de sua bagagem e que se encontra à sua disposição no escritório de propriedade perdida em Londres Heathrow, de onde o bem poderá ser recuperado, informando, inclusive, telefones para obtenção de informações sobre como proceder. No que concerne ao dano moral, em decorrência do atraso na entrega da bagagem e suposto furto de relógio e chocolate, entendo, mais uma vez, que a pretensão não deve prosperar. Afirmo isto porque, ao tentar embarcar no voo com equipamento proibido de ser transportado em voo, especificamente o *skate Hoverboard*, o requerente deu causa ao atraso na devolução de sua mala, pois como pontuado pela suplicada, a bagagem teve de ser retirada do avião para averiguação e posterior retirada do *skate* antes de ser novamente liberada ao seu destino e proprietário. Ademais, e ainda mais importante, considerando que o atraso na entrega ocorreu quando o autor já estava retornando de viagem, não vislumbro aborrecimento que extrapole os cotidianos da vida moderna. Afinal, estando prestes a chegar em casa, não vislumbro abalo psicológico e emocional ocasionados pela ausência de vestuário e demais itens de uso pessoal até a data de devolução da mala, a saber, 4/2/2016, já que ia para casa. Destarte, e não obstante possa se falar em responsabilidade objetiva da demandada, não há que se falar no caso em voga em dano de ordem moral ao requerente passível de reparação pecuniária. Sabido é que a prova cabe a quem alega, sendo certo que, neste caso, o requerente não se desincumbiu de fazer prova de suas alegações, enquanto a suplicada, por sua vez, fez prova de extinto do direito do autor, nos termos do inciso II do art. 373 do CPC, a saber, o despacho de bagagem contendo produto cujo transporte aéreo era proibido. Assim, outra solução não há senão a de serem julgados improcedentes os pedidos iniciais.

A controvérsia é quanto à caracterização do dano moral.

A sentença transitou em julgado para o apelante em relação à improcedência do pedido de condenação por danos materiais.

Data venia, as razões de apelação e os elementos de convicção produzidos nos autos não infirmam os fundamentos e a conclusão da sentença.

É incontroverso que o autor/apelante ao retornar de viagem internacional desembarcou no Brasil (Rio de Janeiro) em 28/6/2016, mas recebeu sua mala somente em 4/2/2016, bem assim que foi retirado de sua mala o *skate* elétrico descrito na petição inicial.

O apelante alega que "o extravio da bagagem, por si só, já configura dano moral indenizável", e que a responsabilidade da apelada "opera-se por força do simples fato da violação (dano *in re ipsa*)" (f. 99).

De fato, a princípio, o extravio de bagagem enseja reparação pelo fato de privar o consumidor de seus pertences, causando evidentes transtornos, desconforto e aflição.

Entretanto, no caso dos autos há uma peculiaridade que deve ser considerada para elucidação da controvérsia.

O apelante informa na inicial que ele tinha na mala "*skate Hoverboard*" (*skate* elétrico) e em momento algum foi comunicado acerca da proibição de transporte deste produto.

Contudo, na contestação, a ré/apelada comprovou que em seu sítio eletrônico tem informações quanto à proibição de transporte de "Hoverboards", constando expressamente que:

> No seguimento dos comunicados de imprensa sobre os possíveis riscos de incêndio associados às baterias de lítio utilizadas nas denominadas hover boards, a British Airways realizou uma revisão sobre o transporte de *hoverboards* e outros veículos elétricos semelhantes. Para garantir a sua segurança a bordo dos nossos voos, a British Airways proibiu o transporte destes artigos, tanto na bagagem de mão, como na bagagem registrada (f. 40/41).

Assim, havendo informações claras e específicas acerca da proibição de transporte do produto em referência (*skate* elétrico - hoverboards) no *site* da empresa aérea, por questão de segurança, é desnecessária a comunicação ou alerta direta e pessoal, quanto à restrição de transportar o equipamento.

Portanto, coaduno com o entendimento do MM. Juiz de Direito de que deixando de cumprir as regras da empresa aérea quanto à proibição de transporte do equipamento elétrico, o apelante assumiu o risco de ter sua bagagem retida para averiguação e retirada do produto de sua mala.

Deve ser ressaltado que o equipamento retirado da mala do apelante (*skate* elétrico - *hoverboards*) não foi "surrupiado" ou encontra-se desaparecido, pois o autor/apelante foi informado por e-mail acerca da remoção do equipamento em razão da proibição de transporte por questão de segurança e que se encontra à sua disposição, *litteris*:

> [...] Seu hoverboard foi removido e passado para Bagport, que opera o escritório de propriedade perdida em Londres Heathrow. Se você gostaria de recuperar seu hoverboard, entre em contato com Bagport, que irá guiar você aos próximos passos, citando sua referência 54912. Os números de contato são [...] (f. 23/24).

Com efeito, como bem ressaltou o d. sentenciante, "não há que se falar em dever da suplicada em reparar o requerente materialmente, especificamente o valor do *skate Hoverboard* [...]" (f. 93v/94).

Quanto ao alegado dano moral que alega haver suportado em razão do "extravio de sua bagagem [...] e com o furto de bens de sua propriedade que nela se encontrava, como relógios e chocolates" (f. 102), melhor sorte não lhe assiste, *data venia*.

É que o autor/apelante, ao tentar transportar irregularmente produto proibido deu causa ao atraso de 4 (quatro) dias na devolução de sua mala, pois a apelada, em cumprimento às regras de transporte aéreo por questão de segurança, houve por bem retirar a bagagem da aeronave para averiguação com posterior retirada do equipamento da mala.

Demais disso, apesar de o apelante afirmar que foram furtados de sua mala "relógios e chocolates", e que "teve de desembolsar suas economias pessoais destinados ao custeio de sua cerimônia de matrimônio [...] para adquirir roupas e demais itens de uso diário [...]" (f. 99), não há prova alguma nos autos nesse sentido.

As fotos de f. 26/28 não são documentos hábeis a comprovar o alegado furto de chocolates e de um relógio, que sequer têm nota de compra.

No caso, repita-se, a prova produzida nos autos não é suficiente para se imputar à apelada a prática de ato ilícito ou falha na prestação de serviço a ensejar reparação por dano moral.

A propósito:

> Recurso inominado. Consumidor. Ação de indenização por danos morais e materiais. Transporte aéreo. Alegação de furto de pertence (*skate* elétrico) no interior de bagagem despachada. Proibição expressa de transporte no *site* da ré. Sentença de improcedencia mantida. A parte autora pede provimento ao recurso para que seja reformada a sentença que julgou improcedente a presente ação. Requer indenização por danos morais e materiais em virtude de, alegadamente, ter tido pertence (*skate* elétrico) furtado do interior de sua bagagem despachada. Demonstrada a aquisição do produto pela autora (fl.15). Contudo, a parte ré acostou aos autos informações contidas em seu *site* (f. 88/91) onde conta expressa proibição ao transporte deste tipo de item em seus voos, por possuir bateria de lítio, elemento possível de causar explosão. A autora informou na inicial (f. 05) ter despachado o produto em virtude do receio deste ser rejeitado pela Cia Aérea, o que permite presumir que tinha ciência da proibição imposta pela ré para o transporte do item em questão. Não há que se falar na necessidade de alerta direto e pessoal acerca da restrição de transportar o equipamento, sendo que a veiculação de informação da vedação do transporte do equipamento foi suficientemente demonstrada através das informações contidas no site da companhia aérea. Ademais, tratando-se de retirada do equipamento em razão de procedimentos de segurança pela TSA (Transportation Security Administration), não há que se falar em furto ou na exigência de apresentação de termo de retirada, tendo em vista a existência de prévia proibição de seu transporte por questões de segurança do vôo. Assim, não há como se responsabilizar a empresa ré pelo ocorrido, motivo pelo qual deve ser mantida a sentença que julgou improcedente a presente ação. Sentença mantida. Recurso improvido. (Recurso Cível nº 71006084214, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabiana Zilles, j. em 28/6/2016).

> Direito civil, do consumidor e processual civil. Apelação cível. Recurso adesivo. Ação indenizatória por danos morais e materiais. Viagem aérea. Extravio de bagagem. Perda de objetos. Aparelhos eletrônicos. Guarda em bagagem despachada. Proibição e não comprovação. - Descabe a condenação de empresa de transporte aéreo de passageiros por danos materiais motivados em alegada perda de objetos que, ditos acondicionados em bagagem despachada e temporariamente extraviada, nela não se comprovou efetivamente estivessem, nem poderiam estar, em razão de normas do próprio transportador e das entidades governamentais competentes. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0145.07.410680-1/001, Rel. Des. Márcio Idalmo Santos Miranda, 9ª Câmara Cível, j. em 21/2/2017, p. em 22/3/2017).

Nesse contexto, tem-se que o apelante não se desincumbiu do ônus probatório que lhe competia, a teor do inciso I, do art. 373, do Código de Processo Civil.

Logo, renovada vênia, a sentença recorrida da lavra do douto Juiz de Direito, Dr. Carlos Márcio de Souza Macedo, deve ser confirmada.

Diante do exposto, com fundamento no art. 93, IX, da Constituição da República e art. 371 do Código de Processo Civil, nego provimento à apelação.

Condeno o apelante ao pagamento das custas recursais e, com fundamento no § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios ficam majorados para 20% do valor da causa. Fica suspensa a exigibilidade do pagamento nos termos do § 3º do art. 98 do Código de Processo Civil.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS e JULIANA CAMPOS HORTA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Agravo de instrumento - Bloqueio de saldo de previdência privada - Impenhorabilidade - Caráter alimentar - Inteligência do inciso IV do art. 833 do CPC/2015 - Recurso provido

- Deve ser reconhecida a impenhorabilidade da reserva matemática destinada a garantir o pagamento de benefício mensal de previdência complementar privada, por ter caráter alimentar, mormente quando não seja demonstrada a inexistência de prejuízo para o devedor.

- Recurso provido, para indeferir o bloqueio de saldo existente na Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0042.14.005437-2/002 - Comarca de Arcos - Agravante: Arnaldo dos Reis Campos - Agravado: João Ferreira de Oliveira - Interessados: Raquel Almeida Ferreira, Cláudia Giordani Sardina Campos, Gilvane Aparecido Campos - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de junho de 2019. - *Amorim Siqueira* - Relator.

Voto

Des. Amorim Siqueira - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Arnaldo dos Reis Campos contra a decisão de f. 19/20v-TJ, proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível, Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Arcos/MG, nos autos da "ação de execução de título extrajudicial" que lhe move João Ferreira de Oliveira.

A Magistrada determinou o bloqueio de saldo existente na Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, pertencente ao executado, ora agravante, até o limite do crédito exequendo. Consignou, para tanto, a inexistência de prova a demonstrar que tal quantia tenha natureza alimentar, o que proporciona o deferimento da indisponibilidade da quantia, tratada como apenas complementar.

Em suas razoes recursais, o recorrente afirmou a incorreção da decisão agravada, porquanto o objeto da constrição realizada teria caráter alimentar, sendo, portanto, absolutamente impenhorável.

Relatou ser aposentado e receber benefício previdenciário junto à Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, pelo qual o capital constituído se trataria de um patrimônio destinado à geração de uma aposentadoria.

Sustentou que a manutenção da decisão atacada é incompatível com a ordem constitucional e o principio da igualdade, pois o restringiria do direito de participar de planos privados de aposentadoria, tendo em vista as condições insatisfatórias do Regime Geral de Previdência Social.

Destacou a existência de julgados no sentido de que a constrição somente seria possível em ocasiões excepcionais, quando presentes robustas provas de que a remuneração se presta apenas para acumulação de capital.

Postulou o recebimento do recurso e, no mérito, o seu provimento, com a reforma da decisão atacada para se determinar a desconstituição da penhora realizada sobre seu plano de previdência privada.

O agravo foi recebido pela decisão de f. 130/130 verso.

Intimada, a parte agravada fez juntar as razões de f. 133/139, mediante alegação principal de que a impenhorabilidade contida no art. 833, inciso IV do CPC estaria expressamente vinculada à comprovação de que o valor é destinado ao sustento do devedor e de sua família, o que não teria ocorrido no caso concreto.

Assegura que o agravante teria omitido o recebimento de aposentadoria do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, deixando também de indicar suas despesas, os rendimentos de sua esposa e a inexistência de dependentes.

O feito foi incluído para julgamento na sessão virtual do dia 29/1/2019; entretanto, aportaram antes, ao gabinete, as razões de f. 165/167 (protocolo 134629201911) e documentos de f. 168/190, apresentados pelo agravado, dos quais, abrindo-se vista ao agravante (f. 103/104), nada foi dito.

Na ocasião, o agravado sustentou a inadmissibilidade recursal, frente ao descumprimento do preceituado no art. 1.018, §§ 2º e 3º do CPC/2015.

Sem mais a relatar, decido.

Inicialmente, conquanto o agravado tivesse apresentado preliminar voltada ao não conhecimento do recurso, e alegado que a matéria é de ordem pública, não poderia ela ser arguida a qualquer tempo, senão no prazo preceituado no art. 1.019 do CPC/2015, de que dispunha para responder.

Fato é que o agravado foi intimado e ouvido na forma preceituada no regramento processual, manifestando-se às f. 133/139-TJ, razões nas quais nada se vislumbra da tardia arguição de não juntada de cópia do recurso em primeira instância.

Alcançada a matéria pela preclusão consumativa, não cabe a este Tribunal analisar a tese de descumprimento do § 2º do artigo 1.018 do CPC, arguição que deveria ter sido erigida e provada no lapso de que dispunha para dizer sobre o agravo de instrumento.

De mais a mais, os documentos anexados não são suficientes para provar se houve ou não a omissão que desencadearia a inadmissão do recurso.

Portanto, não conheço da preliminar e conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Cinge-se a presente controvérsia em averiguar se os valores da previdência privada são penhoráveis ou não, inviabilizando, por conseguinte, a realização de penhora.

As partes celebraram, em 20 de setembro de 2011, uma Nota Promissória, com vencimento em 1º de janeiro de 2012 (f. 32).

O devedor inadimpliu a obrigação, tendo o credor, em 2014, ajuizado uma ação de execução de título extrajudicial.

Por conseguinte, o exequente requereu o bloqueio de valores referentes à previdência privada do executado.

O Juiz, por sua vez, deferiu o pedido, determinando a penhora do saldo existente na Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil em nome do executado Arnaldo dos Reis Campos, que, inconformado, interpôs o presente recurso.

A previdência privada, também chamada de previdência complementar, consiste em aposentadoria não vinculada ao INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), regida pela Lei Complementar nº 109/2001:

> Art. 1º O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar.

É de todos conhecida a frequente insuficiência do teto máximo garantido RGPS - Regime Geral de Previdência Social para fazer frente às necessidades dos aposentados, que passam a ter demandas financeiras maiores relacionadas à idade e saúde, e muitas vezes se vinculam aos programas de previdência complementar para garantia de uma velhice digna.

Com tal expectativa, como se deu com o agravante, são efetuados descontos mensais nos salários do participante, que, ao passar dos anos – ou melhor, de décadas – são destinados a formar uma reserva matemática para garantir o pagamento de benefício mensal, mediante adimplemento das condições previstas.

É inegável que a reserva matemática foi originada de descontos em verbas de natureza salarial, e possui idêntica natureza alimentar.

Por isso, reputo absolutamente impenhoráveis as verbas que constituem a reserva matemática destinada à manutenção de benefício previdenciário privado, de cunho eminentemente alimentar, com base no art. 833, IV do CPC:

> Art. 833. São impenhoráveis:
>
> [...]
>
> IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

Sabe-se que o objetivo da referida norma, ao atribuir a determinados bens o caráter de impenhorabilidade, está na preocupação do legislador em restringir a busca ilimitada da satisfação do débito, em detrimento da mínima dignidade humana do devedor-executado.

Sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco discorre que:

> O objetivo central que comanda todas as impenhorabilidades é o de preservar o mínimo patrimonial indispensável à existência decente do obrigado, sem privá-lo de bens sem os quais sua vida se degradaria a níveis insuportáveis. Não se trata de excluir da responsabilidade executiva os próprios direitos da

> personalidade, porque estas nada têm de patrimonial e, por si próprios, não são suscetíveis de qualquer constrição jurisdicional executiva. [...] A execução visa à satisfação de um credor, mas não pode ser levada ao extremo de arrasar a vida de um devedor (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, v. IV, 2004, p. 340 e 350).

Não é desconhecido deste Relator que a jurisprudência pátria tem possibilitado a flexibilização do preceito para a penhora do fundo de previdência privada, a depender de condições casuísticas aferidas pelo Magistrado.

O entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EResp 1.121.719/SP é de que a penhora somente pode ocorrer quando evidenciada a ausência de prejuízo para a subsistência do participante e de sua família:

> Processual civil. Embargos de divergência em recurso especial. Saldo em fundo de previdência privada complementar. Impenhorabilidade. Indisponibilidade de bens determinada à luz do art. 36 da Lei 6.024/1974. Medida desproporcional. 1. O regime de previdência privada complementar é, nos termos do art. 1º da LC 109/2001, "baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do *caput* do art. 202 da Constituição Federal", que, por sua vez, está inserido na seção que dispõe sobre a Previdência Social. 2. Embora não se negue que o PGBL permite o "resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante" (art. 14, III, da LC 109/2001), essa faculdade concedida ao participante de fundo de previdência privada complementar não tem o condão de afastar, de forma inexorável, a natureza essencialmente previdenciária e, portanto, alimentar, do saldo existente. 3. Por isso, a impenhorabilidade dos valores depositados em fundo de previdência privada complementar deve ser aferida pelo Juiz casuisticamente, de modo que, se as provas dos autos revelarem a necessidade de utilização do saldo para a subsistência do participante e de sua família, caracterizada estará a sua natureza alimentar, na forma do art. 649, IV, do CPC. 4. Ante as peculiaridades da espécie (curto período em que o embargante esteve à frente da instituição financeira e sua ínfima participação no respectivo capital social), não se mostra razoável impor ao embargante tão grave medida, de ter decretada a indisponibilidade de todos os seus bens, inclusive do saldo existente em fundo de previdência privada complementar - PGBL. 5. Embargos de divergência conhecidos e providos" (STJ - EREsp n. 1121719/SP - Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi - *DJe* de 4/4/2014).

Ainda que me curvasse a tal entendimento, não vieram aos autos os exatos valores auferidos a título de previdência oficial e previdência privada complementar, sendo ignorada a renda mensal do devedor. Tal ônus, a meu sentir, era do exequente.

Deste modo, sem que fossem conhecidas as receitas, em contraposição às despesas do agravante, não poderia ter sido proferida a decisão agravada, porquanto impossível mensurar o impacto negativo da penhora.

Aponto, a propósito, a jurisprudência deste Tribunal:

> Agravo de instrumento. Ação de execução de título extrajudicial. Penhora. Saldo previdência complementar. Caráter alimentar. Impenhorabilidade. Recurso não provido. 1. Conforme a jurisprudência do STJ, a impenhorabilidade dos valores depositados em fundo de previdência complementar deve ser analisada, caso a caso, cabendo ao Magistrado verificar se as provas dos autos demonstram que o plano de previdência privada é utilizado como forma de investimento ou verba alimentar previdenciária. 2. Ausente prova de que o saldo de previdência complementar do executado não possui natureza alimentar, deve ser indeferido o pedido de penhora das contribuições. 3. Recurso não provido (TJMG - Agravo de Instrumento Cível nº 1.0701.15.003368-9/001, Rel. Des. Marcos Lincoln, 11ª Câmara Cível, j. em 6/2/2019, p. em 20/2/2019).

> Agravo de instrumento. Ação monitória. Tutela de urgência. Penhora das contribuições de previdência complementar. Impossibilidade. Caráter alimentar. Art. 833 do CPC. 1. As contribuições vertidas à previdência complementar possuem caráter alimentar, sendo, portanto, impenhoráveis. 2. A penhora sobre créditos dessa natureza exige prova concreta de que os valores não são utilizados para subsistência do participante e de sua família. Precedentes (TJMG - Agravo de Instrumento Cível nº 1.0083.18.000104-8/001, Rel. Des. Carlos Henrique Perpétuo Braga, 15ª Câmara Cível, j. em 13/12/2018, p. em 25/1/2019)

Posto isso, por entender que o saldo que garante o pagamento das parcelas mensais da previdência complementar privada possui natureza alimentar, impõe-se reforma da decisão agravada, para indeferir o bloqueio dos valores da previdência privada do executado, ora agravante.

Dou provimento ao agravo de instrumento, nos termos da fundamentação supra.

Custas ao final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ARTHUR FILHO e PEDRO BERNARDES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível. ação monitória. embargos ao mandado monitório. realização de prova pericial. ausência de pedido no momento oportuno. despacho saneador. desnecessidade. nulidade não configurada. impenhorabilidade de bem de família. matéria de ordem pública. arguição a qualquer tempo. alegação de bem de família. ausência de provas. restrição mantida. cheques prescritos. prática de agiotagem. não comprovação. títulos executivos válidos. inexistência de condição modificativa, impeditiva ou extintiva do direito do crédito pretendido. cobrança legítima

- Não sendo postulada a realização da prova pericial, no momento oportuno, bem como não havendo exigência legal de prolação do despacho saneador, o que constitui mera faculdade do magistrado, deve ser afastada a nulidade dos atos processuais suscitada.

- Como a impenhorabilidade decorrente do bem de família é absoluta, tem-se que esta pode ser invocada a qualquer tempo ou grau de jurisdição, visto ser matéria de ordem pública.

- Não sendo comprovado nos autos que a restrição recaiu sobre imóvel onde reside a família, deve ser afastada a sua impenhorabilidade, a teor do que dispõe a Lei nº 8.009/90, e mantida a restrição judicial determinada.

- A prática de agiotagem exige prova inequívoca, não admitindo meras alegações ou provas vagas e imprecisas.

- Sendo a cobrança fundada em cheques prescritos, documentos hábeis a embasar a ação monitória, que foram emitidos pela parte ré e endossados à parte autora, e não conseguindo a parte devedora comprovar a existência de condição modificativa, impeditiva ou extintiva do direito ao crédito pretendido, legítima é a cobrança.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0112.11.005452-8/001 - Comarca de Campo Belo - Apelante: Vera Lúcia Belchior Souza - Apelado: Wantuil Luiz Maia Neto - Relator: DES. ARNALDO MACIEL

Acórdão

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

Belo Horizonte, 27 de junho de 2019. - *Arnaldo Maciel* - Relator.

Voto

DES. ARNALDO MACIEL - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Vera Lúcia Belchior Souza, contra a sentença de f. 550/555, proferida pelo MM. Juiz Antônio Godinho, que julgou improcedentes os

embargos monitórios apresentados pela apelante e procedente a ação monitória, intentada por Wantuil Luiz Maia Neto, para condenar o mandado de pagamento em mandado de penhora, devendo o embargado ser intimado para prosseguimento da execução, com o trânsito em julgado, condenando a embargante no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

Nas razões recursais de f. 600/623, suscita a apelante as preliminares de nulidade de atos processuais, ante a não realização da prova pericial, antes da audiência de instrução e julgamento, de ausência de saneamento do processo, de nulidade da restrição realizada no imóvel, por se tratar de imóvel de morada sua e de sua família, ressaltando a possibilidade de alegação de impenhorabilidade a qualquer momento, sustentando, no mérito, que a prática de agiotagem exercida pelo embargado/apelado teria sido comprovada nos autos.

Recurso devidamente preparado às f. 624/625.

Intimado, apresentou o apelado as contrarrazões de f. 628/633, suscitando a preliminar de preclusão consumativa do pedido de nulidade de restrição, pugnando, no mérito, pelo não provimento do recurso apresentado.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à sua análise.

De início, faço consignar que o julgamento do presente processo deverá se submeter às normas do Código de Processo Civil de 2015, considerando a data da publicação da decisão que motivou a interposição do recurso ora analisado, em observância ao Enunciado 54, deste Egrégio Tribunal de Justiça, e à regra insculpida no art. 14, da nova lei.

Preliminares.

Nulidade de atos processuais

Suscita a apelante a nulidade dos atos processuais e a necessidade de chamamento do feito à ordem, diante da não realização da prova pericial, antes da audiência de instrução e julgamento, bem como em face da ausência de saneamento do processo. No entanto, destituídas de qualquer amparo as alegações da apelante, a começar pela nulidade ante a ausência de realização da prova pericial antes da audiência de instrução e julgamento. Isso porque, embora tenha a apelante realmente pleiteado às f. 416 a produção de prova pericial, sendo inclusive nomeado perito no despacho de f. 418, fato é que a apelante não atendeu à determinação contida às f. 475, para juntada dos documentos solicitados pelo Sr. Perito às f. 436/437, de modo a possibilitar a confecção do laudo, do que se tem que referida prova não foi realizada em razão da desídia da própria apelante.

Ademais, quando instadas as partes a informar se pretendiam produzir provas, a apelante não requereu novamente a realização da prova pericial pretendida, nem tampouco a juntada aos autos, pelo apelado, de qualquer documento solicitado pelo Sr. Perito, limitando-se a pleitear pela juntada de novos documentos, oitiva de testemunhas e depoimento pessoal do embargado, ora apelado.

Registre-se que o instituto da preclusão, orientado pela aspiração de certeza e segurança, constitui a perda da faculdade da prática de ato processual, quer pelo decurso do tempo (temporal), quer pela incompatibilidade entre o ato praticado e outro que se desejava exercitar (lógica), ou em razão de sua já realização (consumativa).

Assim, a inércia da apelante em praticar determinado ato processual, a tempo e modo, impede-a de perfazê-lo em momento posterior, devendo o processo seguir sua marcha, sem olvidar do princípio constitucional do devido processo legal, em seus aspectos formais e substanciais, bem como da ampla defesa e contraditório.

Também não merece acolhida a alegação da apelante de nulidade dos atos processuais, em face da falta de saneamento do processo, eis que da simples leitura do art. 357, do CPC/2015, é possível verificar que não há exigência legal de prolação do despacho saneador, o que constitui mera faculdade do magistrado.

Se não bastasse, a ausência de prolação do despacho saneador não trouxe qualquer prejuízo à apelante, uma vez que restou claro nos autos que o ponto controvertido da demanda é a prática de agiotagem pelo apelado, até porque foi a tese de defesa apresentada nos embargos monitórios para ver afastada a pretensão autoral.

Nesse sentido, já decidiu este EG. Tribunal:

> Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito c.c. indenização por danos morais. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Ausência de despacho saneador. Nulidade. Inexistência. Empréstimo no caixa eletrônico. Uso do cartão bancário. Operação realizada mediante senha pessoal. Dever de guarda. Responsabilidade do correntista. Ausência de falha no serviço bancário. Litigância de má-fé afastada. Havendo nos autos elementos de prova documental suficientes à formação do convencimento do julgador, inexiste cerceamento de defesa em razão do indeferimento de prova pericial. Sempre que possível, na ausência de prejuízo, deve-se buscar aproveitar os atos processuais, desde que respeitadas as garantias processuais das partes. A prolação de despacho saneador é mera faculdade do magistrado e, não se vislumbrando prejuízo à parte em razão da ausência do despacho, o mesmo se verificando por eventual juntada intempestiva da impugnação, já que todos os argumentos da parte foram devidamente apreciados na sentença, não há nulidade a ser declarada. O correntista é responsável por qualquer operação realizada em sua conta, até comunicação de possível fraude, tendo em vista que é sua obrigação contratual a manutenção do cartão em sua posse e a comunicação imediata de qualquer fato que possa comprometer o negócio jurídico realizado entre as partes. A litigância de má-fé deve ser cabalmente configurada, notando-se que a parte tem direito de acreditar que está amparada por determinando direito sustentado em juízo. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0352.17.005943-5/001, Rel. Des. Rogério Medeiros , 13ª Câmara Cível, j. 25/4/2019, p. em 3/5/2019).

> Apelação cível. Omissão do juízo na fixação dos pontos controvertidos. Inexistência de prejuízo. Nulidade afastada. Reparação por danos materiais. Pessoa jurídica. Vícios do produto e lucros cessantes. Ausência de prova. I - A ausência de indicação expressa dos pontos controvertidos pelo Juízo no despacho saneador não implica nulidade, sem a demonstração do efetivo prejuízo sofrido pela parte em razão da mencionada falta. II - Não cuidando a autora de colacionar aos autos provas dos vícios do produto adquirido, inviabiliza-se o acolhimento do pleito de sua substituição. III - A indenização por lucros cessantes demanda prova segura dos prejuízos dessa natureza experimentados pela parte requerente, eis que não se presumem. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.18.128649-3/001, Rel. Des. João Cancio , 18ª Câmara Cível, j. em 9/4/2019, p. em 9/4/2019).

> Apelação. Ação monitória. Cheques prescritos. Nulidade processual por ausência de despacho saneador. Ato processual prescindível. Cerceamento de defesa. Dispensa de produção de provas e pedido de julgamento antecipado da lide. Legitimidade passiva. emitente da cártula. Preliminares rejeitadas. Prescrição. Prazo quinquenal. Honorários sucumbenciais. Redução impertinente. - O despacho saneador não constitui ato processual imprescindível que justifique a nulidade processual por sua ausência. Requerido o julgamento antecipado da lide, não cabe alegar cerceamento de defesa por não ter sido oportunizada a produção de prova. Tem legitimidade passiva para a ação monitória o emitente do cheque, ainda que a conta seja conjunta, o que exclui a legitimidade passiva de cotitular daquela conta que não assinou a cártula. O prazo prescricional da ação monitória fundada em cheque prescrito é de 5 (cinco) anos contados a partir do dia seguinte à sua emissão,

> conforme julgado pelo sistema de recurso repetitivo. (REsp. nº 1101412/SP) e Súmula nº 503-STJ. Os honorários sucumbenciais foram fixados no patamar mínimo legal e não há previsão legal para fixá-los com base em salário mínimo, posto que a Fazenda Pública não é parte no feito. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0702.12.041103-9/002, Rel. Des. Mota e Silva, 18ª Câmara Cível, j. em 2/4/2019, p. em 4/4/2019).

Por tais razões fica rejeitada a preliminar.

Preclusão consumativa.

A despeito de toda a argumentação tecida pelo apelado em contrarrazões, quanto à preclusão consumativa envolvendo a nulidade da restrição lançada sobre o imóvel, em face da impenhorabilidade do bem de família, fato é que razão alguma lhe assiste, uma vez que a impenhorabilidade do bem constitui matéria de ordem pública a cujo respeito não se opera a preclusão e, por tal razão, pode ser analisada a qualquer tempo.

Sobre o tema:

> Agravo de instrumento. Exceção de pré-executividade. Bem de família. Preclusão - Matéria de ordem pública. Aplicação da lei nº 8.009/90. Decisão mantida. - Tem-se que a impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública, não sujeita a preclusão, podendo ser suscitada em qualquer fase do processo, por qualquer meio processual. - O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas em lei. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv. nº 1.0024.01.077769-6/001, JD Convocado Lailson Braga Baeta Neves, 2ª Câmara Cível, j. em 12/2/2019, p. em 14/2/2019).

> Agravo de instrumento. Ação de execução. Penhora de imóvel. Impenhorabilidade de bem de família. Bem destinado à residência do devedor. Comprovação pelo executado. Preclusão. Inocorrência. Ausência de averbação da construção na matrícula do imóvel. Irrelevância. I - Existindo documentos comprobatórios nos autos de que o imóvel penhorado é destinado para a residência da entidade familiar, impõe-se a declaração de sua impenhorabilidade e o cancelamento do lançamento de indisponibilidade, nos termos do art. 1° da Lei nº 8.009/90. II - A impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública, não sujeita a preclusão, podendo ser suscitada em qualquer fase do processo. III - A ausência de averbação da construção na matrícula do imóvel, não obstante constitua irregularidade, não é suficiente para afastar a condição de bem de família do imóvel, vez que comprovada a existência da construção e a efetiva moradia do devedor no imóvel. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv. nº 1.0024.14.254626-6/001, Rel. Des. João Cancio, 18ª Câmara Cível, j. em 11/12/2018, p.em 11/12/2018).

> Agravo de instrumento. Impugnação à penhora. Procedente. Desconstituição da penhora do único bem de família. Lei nº 8.009/90. Matéria de ordem pública. Preclusão temporal. Inocorrência. Recurso não provido. - A impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública e de interesse social, podendo ser suscitada, inclusive de ofício, em qualquer fase do processo e por qualquer modo de que se deseje valer a parte interessada em seu reconhecimento, já que a Lei nº 8.009/90 não prescreve forma específica, limitando-se a ditar normas gerais, motivo pelo qual não preclui a arguição da matéria. Agravo de instrumento não provido. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv. nº 1.0239.11.002221-1/001, Rel.ª Des.ª Veiga de Oliveira, 10ª Câmara Cível, j. em 1/3/2016, p. em 11/3/2016).

De tal sorte, considerando que a impenhorabilidade do bem de família pode ser suscitada por simples petição e a qualquer tempo, rejeito a preliminar de preclusão suscitada pelo apelado.

Nulidade da restrição do imóvel e impenhorabilidade do bem

Aduz a apelante que deveria ser reconhecida a nulidade da restrição deferida nos autos, ao argumento de que o imóvel sobre o qual teria sido lançada a restrição seria parte acessória da casa onde reside com sua família, o que tornaria impenhorável o bem.

Pois bem, o art. 833, do Código de Processo Civil, prevê claramente as hipóteses de impenhorabilidade, sendo que, no que se refere especificamente ao bem de família, tal restrição à constrição judicial é tratada especificamente pela Lei nº 8.009/90, restando indubitável a impenhorabilidade do bem de família, mas desde que a penhora recaia sobre o único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para morada permanente.

Nesse ponto, merece transcrição trecho da Lei nº 8.009/90, que disciplina o bem de família, no que se refere aos requisitos para que o imóvel seja objeto da lei supramencionada:

> Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.
>
> Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.
>
> [...]
>
> Art. 4º § 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso *XXVI*, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.
>
> Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.
>
> Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

Dessa forma, tendo em vista os fins sociais e axiológicos do instituto do bem de família, com vistas à proteção da pessoa humana e da dignidade do devedor, entende-se como cabível a alegação de impenhorabilidade do bem quando tal imóvel lhe serve de moradia, juntamente com sua família.

No caso dos autos, a despeito das alegações da apelante, no sentido de que o imóvel penhorado constitui bem de família, entendo que tal alegação não merece guarida, pelas razões a seguir aduzidas.

Não se nega que o endereço constante como o local de residência da ora apelante, qual seja, Rua XXXXXX, nº. XXX, bairro XXXXXXXXXX, Campo Belo/MG, é o mesmo onde estão localizados os lotes XXX e XXX, sobre os quais recaiu a restrição.

Nada obstante, da detida análise da certidão de registro acostada às f. 577/578 e dos documentos de f. 62/63, é possível depreender que se refere a um lote de terreno com uma área total de 750 m^2, dentro da qual estão inseridos outros lotes de terreno, entre os quais aqueles que foram alvo da restrição, quais sejam, os lotes de números XXX e XXX, cada um deles com uma área de 250 m^2.

Ocorre que não há nos autos absolutamente nenhuma prova de que a edificação que constitui a residência da autora, com 214,95 m^2, está inserida na área correspondente aos lotes de terreno alvo da constrição

precitada, não havendo, muito menos, provas de que a cozinha e a área de lazer da autora atingiria a área dos lotes constritos e, tampouco, que referidos lotes não poderiam ser desmembrados.

Não é demais destacar que não é possível presumir-se que a residência da autora estivesse inserida entre dos lotes constritos, na medida em que, como já dito, a área total do imóvel é de 750 m², de modo que, excluída a soma da área dos lotes constritos, no total de 500 m², tem-se por uma área restante de 250 m² dentro da qual, por razões óbvias, seria possível a inserção da residência da autora, cuja metragem equivale a 214,95 m².

Frente ao contexto, não há nenhuma prova que autorize a conclusão de que a residência da autora teria sido atingida pela restrição que recaiu sobre os lotes de terrenos controvertidos nos autos, o que desautoriza o reconhecimento da nulidade da restrição e o reconhecimento da impenhorabilidade de tais imóveis.

A conclusão acima é reforçada pelo curioso fato de não ter a apelante, em momento algum do processo, se preocupado em trazer referida tese, o que apenas fez após a prolação da sentença e em sede recursal, sendo certo que jamais assim teria agido acaso, desde o início, estivesse realmente frente à possibilidade de o imóvel de residência da família ser objeto de restrição e penhora.

Desse modo, é forçoso reconhecer que as provas produzidas pela apelante não são hábeis a desconstituir a restrição lançada sobre os imóveis XXX e XXX, já que não evidenciam, de forma concreta, que fazem parte da moradia da apelante, requisito imprescindível para reconhecimento da impenhorabilidade, o que impõe a manutenção da restrição judicial realizada.

Ressalta-se, a propósito, que reconhecer a impenhorabilidade do bem de família, em casos deficientes de instrução como este, estabeleceria precedentes que permitiriam a fraude à execução, em verdadeira violação à principiologia da efetividade do feito executório.

Nesse sentido já decidiu esta Câmara:

> Agravo de instrumento. Ação de execução. bem de família. Impenhorabilidade. Imóvel rural. Requisitos cumulativos. Não verificados. - De acordo com o art. 5º, inciso *XXVI* da CF, 'a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento'. - O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu os requisitos necessários à configuração da pequena propriedade rural como bem de família. São eles: I) a área seja qualificada como pequena, nos termos legais; II) a propriedade seja explorada pela própria instituição familiar. - Além dos requisitos definidos pelo STJ, deve-se observar aqueles ditados pela Lei n.8.009/90: I) seja o imóvel destinado à residência da família; II) seja o único imóvel integrante do patrimônio do casal. - O STJ pacificou o entendimento, com relação ao ônus da prova, no sentido de que cabe ao devedor comprovar o preenchimento dos requisitos supracitados. - Não tendo sido demonstrado o preenchimento de todos esses requisitos, não há que se falar em bem de família e, via de consequência, impenhorabilidade. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv. nº 1.0261.07.052084-4/001, Rel. Des. Mota e Silva, 18ª Câmara Cível, j. em 20/2/2018, p.em 23/2/2018).

> Apelação. Bem penhorado. Alegação de impenhorabilidade. Bem de família. Única propriedade do devedor. Ausência de comprovação. Ônus do devedor. Litigância de má-fé. Multa por interposição de embargos protelatórios e ato atentatório à dignidade da justiça. Rejeição. - O reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família necessita não só da comprovação de sua utilização para fins residenciais, como também que o imóvel é o único de propriedade do devedor, sob pena de manutenção da penhora. Não demonstrada de modo inequívoco prática de conduta dolosa e lesiva das partes em detrimento da outra não há falar na condenação das penas de litigância de má-fé. Verificado, na espécie, que os apelados praticaram apenas atos compatíveis com o exercício

> regular do direito de ação, incabível a aplicação de multa em razão do ajuizamento protelatório dos embargos e por ato atentatório à dignidade da justiça. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0105.12.032679-5/001, Rel. Des. Alberto Henrique, 13ª Câmara Cível, j. em 13/10/2016, p. em 21/10/2016).

Mérito.

A despeito de toda a argumentação tecida pela apelante, é forçoso concluir que agiu com total acerto o digno julgador sentenciante, por realmente não existir nos autos qualquer elemento capaz de modificar, impedir ou extinguir o direito do apelado ao crédito pretendido.

Antes de adentrar na discussão posta em sede recursal, válido destacar que a cobrança ora em análise funda-se em quatro cheques prescritos (f. 12/13), documentos que, embora já destituídos de força executiva, constituem prova escrita do direito pretendido e são hábeis a embasar a ação monitória. Referidos cheques foram emitidos pela ora apelante em favor do apelado, o qual, contudo, não obteve a quitação pretendida.

Também cumpre salientar que o cheque, título dotado da característica da circulabilidade, ao ser colocado em circulação, desvincula-se do negócio jurídico do qual originou e confere ao seu portador o direito de exigir o crédito nele expresso, dispensando a indicação da sua *causa debendi*.

Objetivando invalidar a cobrança, valeu-se a apelante da tese de que teria sido vítima da prática de agiotagem pelo autor/apelado. Alegou que os cheques representam o valor principal da suposta dívida e que os juros eram cobrados a um percentual de 5% (cinco por cento) a 7% (sete por cento) e pagos mensalmente através de dinheiro, cheque ou depósito bancário.

Ocorre que a prática da agiotagem demanda sólida, robusta e precisa comprovação, não podendo, sobretudo em razão do seu caráter ilícito, ser presumida ou admitida com base em meras alegações, ou em provas vagas e imprecisas.

Contudo, a apelante não logrou êxito em trazer aos autos provas efetivamente palpáveis da alegada prática de agiotagem, já que a única prova por ela apresentada consistiu no depoimento prestado em juízo cujo termo consta de f. 527, no qual a testemunha apenas informou que tem conhecimento de que o apelado empresta dinheiro a juros, mas informação esta que, por óbvio, não tem o condão de reconhecer a prática da agiotagem alegada.

Aliás, a apelante nem mesmo conseguiu trazer informações capazes de atrelar a suposta prática de agiotagem à dívida estampada nas cártulas em que se fundam a presente ação monitória.

Diante de tais considerações, tem-se pela total ausência de provas aptas a embasar a tese envolvendo a prática de agiotagem, o que impede o seu acolhimento.

A respeito:

> Apelação cível. Embargos à execução. Cheques. Assinatura no verso. Aval. Alegação de agiotagem. Não comprovada. Sentença reformada. – "Considera-se o aval como resultante da simples assinatura do avalista, aposta obrigatoriamente no verso do cheque." - A alegação de agiotagem deve ser rejeitada quando não há prova que o débito representado pelo cheques contempla o capital mais juros usurários. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0433.09.287208-7/001, Rel. Des. José Américo Martins da Costa , 15ª Câmara Cível, j. em 19/4/2018, p. em 25/4/2018).

> Apelação cível. Embargos à execução. Agiotagem. Ausência de prova. Juros e correção monetária. Termo inicial. - A alegação isolada de que foram cobrados juros de 3,8% (três vírgula oito por cento) ao mês em mútuo realizado entre o depoente e o apelado não pode servir como embasamento para declaração da grave conduta de prática de

agiotagem, ante a ausência de outras provas que possam corroborar tal afirmação. - A simples tese de que houve cobrança de juros abusivos não elide a presunção da dívida trazida pelos cheques que embasam a execução. - Em se tratando de execução de cheque, a correção monetária incide a partir da data de emissão da cártula e os juros de mora são devidos a partir da apresentação do título à instituição financeira, conforme decido no REsp nº 1556834/SP submetido à sistemática do art. 543-C, do CPC/73. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0382.16.008418-4/001, Rel. Des. Marco Aurelio Ferenzini, 14ª Câmara Cível, j. em 22/2/2018, p. em 2/3/2018).

Ação de execução. Embargos de devedor. Agravo retido. Cerceamento. Inocorrência. Cheque. Usura. Ausência de comprovação. - Não ocorre cerceamento de defesa pela ausência de produção de determinada prova, quando a parte, instada a especificar as provas pretendidas, nada disse a respeito da prova indeferida. Inexistindo prova cabal da prática de usura (agiotagem), a qual incumbia ao embargante, de se reconhecer a higidez do título que embasou a execução. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.13.385064-4/001, Rel. Des. Estevão Lucchesi, 14ª Câmara Cível, j. em 25/1/2018, p. em 2/2/2018).

Apelação cível. Embargos do devedor. Cheque. Título executivo extrajudicial. Agiotagem. Inexistência de provas que afastem a presunção de liquidez, certeza e exigibilidade do título. - A prática da agiotagem deve ser comprovada de forma inequívoca pelo devedor, não se admitindo meras alegações ou presunções, ou seja, a prova deve ser forte o suficiente para elidir a força advinda do título exequendo. - Ainda que estivesse comprovada a prática de agiotagem, o efeito não é a nulidade absoluta do negócio jurídico e do título executivo dele decorrente, sendo o caso de adequação aos parâmetros legais (REsp nº 921.398/MS). - No caso dos embargos do devedor, cabe ao embargante comprovar a circunstância que retire a presunção de certeza, liquidez e exigibilidade do título executivo que instrui a ação de execução promovida pelo embargado, sob pena de serem julgados improcedentes os seus pedidos. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0702.13.078961-4/001, Rel. Des. José Flávio de Almeida , 12ª Câmara Cível, j. em 19/4/2017, p. em 26/4/2017).

Assim, comprovada a higidez dos cheques controvertidos e a sua habilidade para embasar a ação monitória promovida pelo apelado, bem como não tendo a apelante logrado êxito em comprovar a existência de condição modificativa, impeditiva ou extintiva do direito daquele ao recebimento do crédito pretendido, legítima é a cobrança, tal como certeiramente decidido em 1º grau.

Ante todo o exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO e mantenho a respeitável decisão hostilizada.

Tomando por base o que preceitua o art. 85, § § 2º e 11, do CPC/2015, majoro os honorários advocatícios de sucumbência para o importe total de 17% (dezessete por cento) sobre o valor atualizado atribuído à causa, os quais deverão ser suportados integralmente pela apelante, que deverá arcar ainda com as custas recursais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOÃO CANCIO e SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelações cíveis. Ação de indenização por danos morais. Primeiro recurso. Recibo eletrônico de postagem. Ausência. Não conhecimento. Segundo recurso. Transporte aéreo. Acessibilidade. Portador de necessidades especiais. Desembarque. Equipamentos. Demora excessiva. Dano moral. Valor. Fixação. Juros de mora. Termo inicial. Data da citação

- As petições e os documentos judiciais encaminhados às respectivas comarcas ou ao Tribunal deverão, obrigatoriamente, conter o recibo eletrônico de postagem de correspondência modalidade Sedex, com data e horário de recebimento e identificação da agência recebedora, anexado à primeira lauda da petição, ou documento judicial apresentado, a fim de que a data da postagem tenha, no Tribunal de Justiça e em todas as comarcas, a mesma validade que o protocolo oficial da Justiça para fins de contagem de prazo judicial (TJMG, Resolução nº 642/2010, art. 6º, II).

- Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando o seu patrimônio. A indenização pelo dano moral possui caráter punitivo, para que o causador do dano, diante de sua condenação, sinta-se castigado pela ofensa que praticou; possui também caráter compensatório, para que a vítima receba valor que lhe proporcione satisfação como contrapartida do mal sofrido.

- A fixação do *quantum* do dano moral deve se ater: (1) à capacidade/possibilidade daquele que vai indenizar, já que não pode ser levado à ruína; (2) suficiência àquele que é indenizado, pela satisfação da compensação pelos danos sofridos.

- Tratando-se de ilícito contratual, os juros moratórios devem incidir sobre o valor da indenização, a partir da data da citação (CPC, art. 240).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0479.16.005770-5/001 - Comarca de Passos – 1ª Apelante: Azul Linhas Aéreas Brasileiras S/A - 2ª Apelante: Nília Ramos Pereira - Apeladas: Nília Ramos Pereira, Azul Linhas Aéreas Brasileiras S/A - 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 não conhecer do primeiro recurso, dar provimento ao segundo recurso e, de ofício, alterar o termo inicial dos juros de mora.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2019 - *Ramom Tácio* - Relator.

VotoDES. RAMOM TÁCIO - Trata-se de apelações cíveis, interpostas por Azul Linhas Aéreas Brasileiras S/A (1ª apelante) e Nília Ramos Pereira (2ª apelante), em face da sentença (f. 100/104), integrada pela decisão de f. 108, proferida nos autos da ação de indenização por danos morais, ajuizada pela 2ª apelante contra a 1ª apelante, na qual a MM.ª Juíza *a quo* julgou procedentes os pedidos iniciais, para condenar a 1ª apelante ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$8.000,00, corrigido monetariamente, desde a data do arbitramento, e acrescido de juros de mora, a partir do evento danoso (data da viagem).

Condenou a ré/1ª apelante ao pagamento das custas recursais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 20% do valor da condenação.

A ré/1ª apelante, nas razões da primeira apelação (f. 110/124), narra que a 2ª apelante adiantou o horário de seu voo e, por isso, os seus funcionários não estavam preparados para recebê-la com os equipamentos necessários ao desembarque de portadores de necessidades especiais.

Sustenta que, no horário de desembarque da 2ª apelante, diversos outros passageiros faziam o uso desse equipamento em outros voos, razão pela qual não praticou ato ilícito.

Defende que a obrigação de disponibilizar esse equipamento é exclusivamente do administrador do aeroporto, não sendo responsável pelo ocorrido.

Pela eventualidade, pontua que o valor da indenização por danos morais fixado em 1º grau é excessivo.

Quer o provimento do recurso, para que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais, ou, quando nada, para que seja reduzido o valor fixado a título de danos morais.

A autora/2ª apelante, nas razões da segunda apelação (f. 127/134), sustenta que o *quantum* indenizatório fixado em 1º grau não serve como parâmetro punitivo-pedagógico, tampouco compensa os danos sofridos e transtornos vivenciados, razão pela qual deve ser aumentado.

Pede o provimento do recurso.

As partes apresentaram contrarrazões (f. 153/160 e 161/166), insistindo no não provimento do recurso apresentado pela parte contrária.

A ré/1ª apelante foi intimada para juntar recibo eletrônico de postagem dos embargos de declaração e da apelação, tendo decorrido o prazo sem manifestação (f. 158).

É o relatório.

I - Preliminar. - Não conhecimento do primeiro recurso.

Suscito, de ofício, preliminar de não conhecimento do primeiro recurso, por ausência de "recibo eletrônico de postagem".

Apesar de a ré/1ª apelante ter se valido do envio de sua peça recursal pelo correio (f. 110/124), vê-se que ela fez o uso de tal meio de forma incorreta. Assim, o recurso por ela interposto é mesmo inadmissível.

O Serviço de Protocolo Postal (SPP), anteriormente denominado Sistema de Protocolo Integrado (SPI), atualmente, é regulamentado pela Resolução nº 642/2010, com as modificações introduzidas pelas Resoluções nº 655/2011 e nº 747/2013.

Tal serviço, nos termos do art. 2º da Resolução nº 642/2010, é respaldado em convênio celebrado por este Tribunal com a Empresa de Correios e Telégrafos - ECT - e destina-se à remessa de petições, referentes a ações ou recursos, para qualquer órgão do Poder Judiciário de Minas Gerais.

Trata-se de serviço facultativo (art. 3º), cujos custos são de exclusiva responsabilidade do usuário. Ou seja, pode a parte, livremente, optar por postar sua petição em uma agência dos correios de Minas Gerais, ou, se preferir, dirigir-se à sede do fórum e protocolar a peça no setor responsável.

O art. 9º da Resolução nº 642/2010 dispõe que "a inobservância de quaisquer dos requisitos previstos nesta Resolução implicará a desconsideração, para todos os efeitos legais, das petições ou documentos recebidos por intermédio do Serviço de Protocolo Postal".

Na espécie, observo que a 1ª apelante, ao interpor a sua apelação, não cumpriu o disposto no art. 6ª, inciso II, da Resolução nº 642/2010:

> Art. 6º - As petições e os documentos judiciais encaminhados às respectivas comarcas ou ao tribunal deverão, obrigatoriamente:
>
> I - estar acondicionadas em embalagem/envelope, para envio por meio da modalidade SEDEX;
>
> II - conter o recibo eletrônico de postagem de correspondência modalidade SEDEX, com data e horário de recebimento e identificação da agência recebedora, anexado à primeira lauda da petição ou documento judicial apresentado, a fim de que a data da postagem tenha, no Tribunal de Justiça e em todas as comarcas, a mesma validade que o protocolo oficial da Justiça para fins de contagem de prazo judicial;
>
> (...).

Ora, a petição do recurso veio sem o "recibo eletrônico de postagem".

Sendo assim, é evidente afronta ao art. 6º, inciso II, da Resolução nº 642/2010, razão pela qual deve ser reputado inexistente o protocolo postal, nos termos do art. 9º da citada Resolução.

Com tais razões de decidir, e com fundamento no art. 932, III, do CPC/2015, não conheço do primeiro recurso.

Por outro lado, conheço do segundo recurso, uma vez que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

II - Mérito.

No caso, a MM.ª Juíza de 1º grau reconheceu, na sentença, a existência de uma falha na prestação dos serviços de transporte aéreo da 1ª apelante, em decorrência de demora excessiva em fornecer equipamentos necessários para o desembarque da 2ª apelante, portadora de necessidades especiais. Em razão disso, condenou a 1ª apelante ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R$8.000,00, em favor da 2ª apelante.

A apelação que se tem é da parte autora/2ª apelante, querendo a reforma da sentença para que haja fixação de maior valor para a indenização que faz jus. Isso procede.

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando o seu patrimônio. A indenização pelo dano moral possui caráter punitivo, para que o causador do dano, diante de sua condenação, sinta-se castigado pela ofensa que praticou; possui caráter compensatório, para que a vítima receba valor que lhe proporcione prazer como contrapartida ao mal sofrido.

Nesse caso, recomenda-se que o julgador se paute pelo juízo da equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso. Assim, a quantificação da indenização pelo dano moral deve atender: (1) capacidade/

possibilidade daquele que indeniza, pois este não pode ser conduzido à ruína, e (2) suficiência àquele que é indenizado pela satisfação obtida do valor, a título de compensação pelos danos sofridos, sem que ocorra enriquecimento ilícito ou exploração do Poder Judiciário como fonte de proventos.

Veja o magistério de Maria Helena Diniz:

> Na reparação do dano moral, o magistrado deverá apelar para o que lhe parecer equitativo ou justo, agindo sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. O valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento nem mesmo ser irrisório ou simbólico. A reparação deve ser justa e digna. Portanto, ao fixar o *quantum* da indenização, o juiz não procederá a seu bel prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação (*Revista Jurídica Consulex*, nº 3, de 31/3/97).

Portanto, em face da repercussão da ofensa, na esfera íntima da 2ª apelante, da condição financeira da 1ª apelante, empresa de transporte aéreo de grande porte, e, ainda, diante de parâmetros de julgados desta Corte em casos semelhantes, o valor da indenização fixado em 1º grau, de R$8.000,00, deve ser aumentado para R$10.000,00, pois razoável para amenizar o abalo moral sofrido pelo apelante.

No que se refere aos juros moratórios, tem-se que tal encargo deve incidir a partir da citação, por se tratar de ato processual que, nos termos do art. 219 do CPC/1973 (art. 240 do CPC/2015), constitui em mora o devedor. Nesse sentido, segue a jurisprudência do STJ:

> Responsabilidade civil. Acidente ocorrido entre a plataforma e o vagão da companhia do metrô. Valor indenizatório. Danos morais. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula nº 7/STJ. Juros de mora. Súmula nº 83/STJ. Honorários advocatícios. Divergência jurisprudencial não demonstrada. 1. *In casu*, rever tal entendimento, com o objetivo de acolher a pretensão recursal, de majorar o valor da indenização por danos morais, demanda necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em Recurso Especial, à luz do óbice contido na Súmula nº 7 do STJ. 2. Em relação à fixação do termo inicial dos juros de mora, o aresto hostilizado não merece reforma. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de ser a citação o termo inicial para a incidência dos juros de mora em caso de responsabilidade contratual, como ocorre *in casu*, em que se discute a responsabilidade da Empresa de Transporte de Passageiros pelos danos causados em razão de acidente envolvendo passageiro. Aplicação da Súmula nº 83/STJ. (...) 5. Recursos parcialmente conhecidos e, nessa parte, não providos (REsp 1645743/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. em 21/2/2017, *DJe* de 18/4/2017).

Sendo assim, embora nenhuma das partes tenha recorrido desse tópico da sentença, o termo inicial dos juros de mora deve ser alterado de ofício, para que o marco inicial seja a data da citação. Com efeito, a data da citação é o marco da incidência dos juros de mora. Esse marco que é o correto. Então, por ser essa matéria uma questão de ordem pública que, aliás, pode ser revista pela instância *ad quem*, sem que isso implique em reformatio *in pejus*, altero de ofício o marco dos juros de mora, para que haja sua incidência a partir da data da citação.

Com tais razões de decidir, dou provimento ao segundo recurso, para aumentar a indenização por danos morais para R$10.000,00, com correção monetária, a partir da publicação deste acórdão, com correção monetária desde a publicação deste acórdão e juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação.

Condeno a ré/1ª apelante ao pagamento das custas recursais.

Deixo de aumentar os honorários advocatícios, porque já fixados no limite legal pela MM.ª Juíza de 1º grau.

]Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores MARCOS HENRIQUE CALDEIRA BRANT e OTÁVIO DE ABREU PORTES.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO PRIMEIRO RECURSO, DERAM PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO E, DE OFÍCIO, ALTERARAM O TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA.

• • •

Apelação cível. Ação de cobrança. DPVAT. Preliminar de nulidade da perícia. Rejeição. Proibição do *venire* contra *factum proprium*. Invalidez permanente parcial. Proporcionalidade entre o grau da debilidade e a indenização. Pagamento administrativo correto. Complementação indevida. Lesão/sequela apontada em perícia judicial. Sentença mantida

- Tratando-se de prova pericial realizada por perito nomeado pelo Juízo, e com a anuência do autor, que foi intimado pessoalmente para tanto, não há que falar em realização de nova perícia, especialmente porque foi devidamente constatada a invalidez e o grau dela.

- Tendo a parte interessada concordado com a perícia, quando intimada, para sobre ela se manifestar, incabível posterior irresignação em sede recursal, visto que o Direito moderno não compactua com o *venire* contra *factum proprium*, que se traduz como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente.

- "A indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial permanente do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau da invalidez" (Súmula nº 474/STJ).

- Tendo o laudo pericial indicado a invalidez permanente parcial, deve ser utilizada a tabela constante na Lei nº 11.945/2009, para que se possa mensurar o montante indenizatório, tendo-se como base de cálculo a quantia estabelecida na lei vigente na data do sinistro.

- Uma vez paga, na via administrativa, e de acordo com a tabela da Lei nº 11.945/2009, a indenização pela lesão sofrida com o acidente automobilístico, o autor não faz jus à complementação da indenização do seguro DPVAT requerida.

- Recurso a que se nega provimento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0134.14.005895-6/001 - Comarca de Caratinga - Apelante: Heliomar Amaro Belarmindo - Apelada: Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A - Relator: MAURÍCIO PINTO FERREIRA (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO)

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 REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de junho de 2019 - *Maurício Pinto Ferreira* - Relator.

Voto

JD. CONVOCADO MAURÍCIO PINTO FERREIRA (RELATOR) - Trata-se de recurso de Apelação, interposto por Heliomar Amaro Belarmindo, contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara

Cível da Comarca de Caratinga que, nos autos da ação de cobrança, ajuizada contra Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT, julgou improcedente o pedido inicial, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, ficando suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da assistência judiciária.

Inconformado, o apelante afirma que a perícia foi realizada de forma incorreta, devendo a sentença ser cassada, para que novo laudo seja produzido de forma eficaz e completa, levando em consideração as lesões sofridas à época do acidente. Registra que o perito não teve acesso aos documentos médicos relativos ao acidente e ao tratamento, motivo pelo qual o trabalho realizado não é conclusivo.Requer seja concedida a assistência judiciária gratuita, bem como que seja cassada e anulada a sentença, determinando o retorno dos autos à origem, para que o perito tenha acesso à robusta documentação médica inclusa, a fim de que possa concluir e finalizar o laudo, informando o grau e o percentual das lesões sofridas à época do acidente. Pugna, ainda, seja dado provimento ao recurso, para se condenar a apelada ao pagamento do valor da causa, acrescido de custas e honorários advocatícios e de sucumbência.

Contrarrazões apresentadas pela apelada, alegando ser o laudo pericial o documento hábil para comprovar as lesões sofridas pelo apelante e, ainda, que não houve irresignação quanto a tal laudo no momento oportuno. Requer seja negado provimento ao recurso para manter a sentença proferida.

Relatados, examino e, ao final, decido.

Recurso próprio, tempestivo e com preparo dispensado, por ser o apelante beneficiário da gratuidade de justiça. Presentes os demais pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso.

Recebo a apelação nos termos do art. 1.012 do NCPC.

O recorrente propôs a presente demanda, aduzindo que faz jus à indenização do seguro DPVAT, no valor de R$24.235,00 (vinte e quatro mil duzentos e trinta e cinco reais), porém, recebeu administrativamente apenas a quantia de R$4.725,00 (quatro mil setecentos e vinte e cinco reais). Para fundamentar seu direito, ele sustentou que, em 5/8/2012, envolveu-se em acidente automobilístico e sofreu diversas lesões graves, sendo submetido à internação e ao tratamento médico.

Na sentença, o douto Magistrado *a quo* reconheceu, com base no laudo médico produzido em juízo (f. 103), a existência de lesão parcial incompleta do membro inferior direito em 50%, sendo devido o valor de R$4.725,00, já pago pela via administrativa.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LAUDO PERICIAL

Afirma o apelante que a perícia foi realizada de forma incorreta, devendo a sentença ser cassada, para que novo laudo seja realizado de forma eficaz e completa, levando em consideração as lesões sofridas à época do acidente.

Entretanto, sem razão o apelante.

In casu, entendo que foi regularmente produzida prova de avaliação médica, cujo laudo encontra-se à f. 103.

O recorrente foi pessoalmente intimado para realização de tal perícia (f. 106/107), e submeteu-se ao exame de forma livre e espontânea, tendo sido realizado exame clínico capitaneado por médico perito judicial, conforme "avaliação médica para fins de verificação do grau de invalidez permanente".

Ademais, o laudo foi apresentado às f. 103 e as partes foram devidamente intimadas para sobre ele se manifestarem, às f. 105, tendo o apelante juntado petição às f. 110, aduzindo que:

> Sem sombra de dúvida, o Exame Pericial, constatou definitivamente a procedência do pedido inicial, sendo prova verossímil e incontroversa sobre a condição do autor, e o seu necessário direito invocado. Dessa forma, requer o prosseguimento do feito, com o posterior julgamento procedente da ação.

Ora, o apelante não só não impugnou o laudo apresentado, como também com ele concordou, não podendo agora, somente após a sentença de improcedência da ação, alegar que tal laudo foi elaborado de forma incorreta e sem observar os documentos constantes nos autos.

Caso tivesse discordado do laudo, deveria ter se insurgido no momento oportuno, não sendo possível à parte pretender algo contrário a uma atitude anterior, nos termos do principio de que "a ninguém é lícito *venire* contra *factum proprium*".

Ademais, a perícia realizada presta-se como prova suficiente das lesões sofridas pelo apelante, com base no acidente ocorrido em 5/8/2012, tendo sido conclusiva ao atestar a existência de lesão parcial incompleta do membro inferior direito em 50%.

Por óbvio que a perícia analisa eventual incapacidade, em decorrência das lesões sofridas no acidente, e não "o percentual das lesões à época do acidente", conforme pretende o apelante, visto que a incapacidade não pode ser aferida imediatamente, mas sim com base nas eventuais lesões/sequelas definitivas deixadas.

Dessa forma, tenho que razões não há para a cassação da sentença prolatada neste feito, haja vista que a prova pericial médica foi realizada por perito judicial devidamente qualificado e que avaliou o grau de invalidez do apelante que, inclusive, com ela consentiu.

Trata-se, na verdade, de mero inconformismo da parte, desacompanhado de qualquer fundamento relevante, haja vista que o *expert* apurou grau de invalidez que se traduziu no mesmo valor daquele já pago na esfera administrativa.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade do laudo pericial e, consequentemente, de nulidade da sentença.

MÉRITO.

Da análise dos autos, é de se ver que o acidente noticiado deu-se em 5/8/2012, conforme atesta Boletim de Ocorrência de f. 15/24, ou seja, após o advento da Lei nº 11.482/2007, que alterou a limitação máxima de quarenta salários mínimos para o *quantum* determinado de R$13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), para cobertura de morte e invalidez permanente, e R$2.700,00 (dois mil e setecentos reais) para reembolsar a vítima de suas despesas médicas.

De se registrar, também, que, na data do acidente, já havia sido editada a Medida Provisória nº 451/2008, de 15/12/08, que instituiu uma tabela de graduação dos "percentuais de perda" decorrentes de cada dano corporal e sua repercussão no patrimônio físico da vítima.

De qualquer forma, é de conhecimento geral que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso representativo da controvérsia, pacificou a questão, ao entender que a partícula "até", constante da alínea *b*, do primitivo artigo 3º, da Lei nº 6.194/74, indica graduação, impondo a apuração do percentual de lesão permanente, o que significa a quantificação desde sua entrada em vigor.

A propósito do tema, dispõe o referido dispositivo:

> Art. 3º Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no artigo 2º compreendem as indenizações por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares, nos valores que se seguem, por pessoa vitimada:
>
> - R$13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de morte;
>
> - até R$13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de invalidez permanente; e
>
> - até R$2.700,00 (dois mil e setecentos reais) - como reembolso à vítima - no caso de despesas de assistência médica e suplementares devidamente comprovadas.
>
> § 1º. No caso da cobertura de que trata o inciso II, deverão ser enquadradas na tabela anexa a esta lei as lesões diretamente decorrentes de acidente e que não sejam suscetíveis de amenização proporcionada por qualquer medida terapêutica, classificando-se a invalidez permanente como total ou parcial, subdividindo-se a invalidez permanente parcial em completa e incompleta, conforme a extensão das perdas anatômicas ou funcionais, observado o disposto abaixo:
>
> - quando se tratar de invalidez permanente, parcial, completa, a perda anatômica ou funcional será diretamente enquadrada em um dos segmentos orgânicos ou corporais previstos na tabela anexa, correspondendo a indenização ao valor resultante da aplicação do percentual ali estabelecido ao valor máximo da cobertura; e
>
> - quando se tratar de invalidez permanente parcial incompleta, será efetuado o enquadramento da perda anatômica ou funcional na forma prevista na alínea *a*, procedendo-se, em seguida, à redução proporcional da indenização que corresponderá a setenta e cinco por cento para as perdas de repercussão intensa, cinquenta por cento para as de média repercussão, vinte e cinco por cento para as de leve repercussão, adotando-se ainda o percentual de dez por cento, nos casos de sequelas residuais.

Esse foi o entendimento manifestado no acórdão paradigma, proferido pelo STJ, nos autos do Resp nº 1.246.432/RS, publicado em 27/5/2013, e julgado no regime dos recursos repetitivos, o qual assim dispõe:

> Recurso especial repetitivo. Julgamento nos moldes do art. 543-c do Código de Processo Civil. DPVAT. Seguro obrigatório. Invalidez parcial. Indenização a ser fixada de acordo com a proporcionalidade da invalidez. Súmula nº 474/STJ. Para efeitos do art. 543-c do Código de Processo Civil: A indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial permanente do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau da invalidez (Súmula n.º 474/STJ). Recurso especial provido. (REsp nº 1246432/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, j. em 22/5/2013, *DJe* 27/5/2013). (grifei)

Também, foi reconhecido no acórdão que a tabela de redução proporcional da indenização, segundo o percentual da debilidade, confeccionada pela CNSP/Susep, é válida.

Insta aqui salientar que, se a tabela foi considerada válida, mesmo antes da sua transformação em dispositivo legal, quanto mais nos casos de acidentes ocorridos depois da incorporação de fixação de percentual de acordo com a tabela na legislação pertinente.

Portanto, não obstante o alegado pelo recorrente, cabe tão somente avaliar se houve comprovação do percentual de lesão sofrido e sua fração correspondente ao teto indenizatório, de acordo com a legislação vigente à época do sinistro.

Assim procedendo, verifico que foi produzida prova técnica pelo *expert* do juízo identificando as lesões do autor/apelante como "parcial incompleta (dano anatômico e/ou funcional permanente que comprometera apenas em parte um ou mais de um) segmento corporal da vítima".

Registro, ademais, que o perito concluiu pela existência de um segmento anatômico lesionado, qual seja, o "membro inferior direito em 50%".

Assim sendo, a incapacidade do apelante enquadra-se na definição "danos corporais segmentares (parciais) - Repercussões em partes de membros superiores e inferiores", que corresponde a 70% (setenta por cento) do valor de R$13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), isto é, R$9.450,00 (nove mil quatrocentos e cinquenta reais). De tal valor, e considerando o percentual de perda aplicável à espécie (50%), chega-se à quantia de R$4.725,00 (quatro mil setecentos e vinte e cinco reais), valor já pago ao apelante administrativamente.

Portanto, comprovando-se que o valor pago administrativamente abrangeu a lesão, na medida do que foi constatado pelo perito do juízo, entendo que se mostra correta a sentença apelada que julgou improcedente o pedido relativo à complementação indenização do seguro DPVAT.

Isso posto, REJEITO A PRELIMINAR de nulidade da perícia e, no mérito, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO, para manter incólume a sentença *primeva*.

Condeno o apelante ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, os quais majoro para 11% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, §§ 1º, 2º e 11 do CPC.

Suspendo a exigibilidade de ambos, em virtude da gratuidade judiciária deferida ao apelante, com fundamento no artigo 98, § 3º do CPC.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VICENTE DE OLIVEIRA SILVA e MANOEL DOS REIS MORAIS.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação de reparação por danos morais - Produto alimentício impróprio para consumo - Ingestão pela filha da autora - Dano moral à mãe - Indenização devida - Valor da indenização - Parâmetros

- A ingestão de produto contaminado pela filha gera direito a indenização pelos danos morais reflexos à mãe, que teve sua integridade psicológica atingida (Precedente).

- Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "em se tratando de relação de consumo, são solidariamente responsáveis todos da cadeia produtiva, nada impedindo que a parte que comprovar não ter a culpa possa exercer ação de regresso para ser reembolsado do valor da indenização" (AgInt no AREsp 1.095.795/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 22/3/2018, *DJe* de 5/4/2018).

- A indenização por dano moral deve ser quantificada segundo as circunstâncias do caso concreto e em estrita observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0439.14.006200-1/001 - Comarca de Muriaé - Apelante: Pandurata Alimentos Ltda - Apelada: Graziela Machado Porcaro e Almeida - Relator: JUIZ DE DIREITO CONVOCADO OCTÁVIO DE ALMEIDA NEVES

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, 26 de junho de 2019 - *Octávio de Almeida Neves* - Relator.

Voto

JUIZ DE DIREITO CONVOCADO OCTÁVIO DE ALMEIDA NEVES - Apelação interposta por Pandurata Alimentos Ltda. contra sentença da lavra do juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Muriaé, que julgou procedente o pedido inicial da ação de indenização para reparação de danos por ingestão de alimento contaminado movida por Graziela Machado Porcaro e Almeida, nos termos seguintes (f. 389/390):

> Ante o exposto e atento a tudo que está nos autos, julgo, por sentença, procedente o pedido inicial para o fim de condenar a requerida a pagar a requerente a quantia de R$5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais, atualizados monetariamente pelos índices publicados pela Corregedoria Geral de Justiça a partir desta data, mais juros de mora de 1% ao mês também a partir desta data. A requerida fica ciente que tem o prazo de quinze dias após o trânsito em julgado para promover o pagamento sob pena de multa de 10% sobre o valor da condenação nos termos do art. 523, § 1º, do NCPC. condeno a requerida no pagamento dos honorários do perito, o que já foi realizado conforme documentos de fls. 365/367. Condeno a requerida no pagamento das custas processuais, inclusive reposição das custas iniciais recolhidas pela requerente e honorários advocatícios que fixo em 15% sobre o valor da condenação. Entrego nesta oportunidade o produto referido na certidão de f. 27, a requerente que deverá ficar como

depositária do mesmo e após o trânsito em julgado ficará autorizada a descartar o mesmo. Transitada em julgado, aguarde a execução.

Nas razões recursais de f. 393/404, a apelante afirma não haver prova nos autos dos danos sofridos pela apelada, uma vez que inexistente comprovação da ingestão do produto pela filha da recorrida. Ressaltou que a testemunha arrolada não viu o momento da ingestão do produto e o boletim de ocorrência é prova unilateral, tratando-se de registro de fatos narrados pela apelada. Disse que a recorrida, advogada há 14 anos, não apresentou prova de consultas ou exames médicos realizados pela filha. Observou não ser possível compensar o dano moral fundado em meras ilações. Salientou não ser possível a contaminação do produto no momento da sua fabricação, bem como que o atestado realizado por amostragem demonstra que o pão de mel adquirido, no momento da sua fabricação, estava próprio para consumo. Ponderou que recebe nota máxima no certificado de qualidade emitido pela BRC Global Standard for Food Safety e que a fábrica onde são produzidos os pães de mel passa por frequentes tratamentos de controle de pragas. Assinalou que o perito constatou que a contaminação apresentada ocorreu posteriormente à fabricação do produto. Argumentou que, uma vez que não foi procurado para que pudesse substituir o produto e, em razão da inexistência de dano sofrido pela apelada, restaria possível apenas a opção pelas faculdades estabelecidas no art. 18, § 1º, do CDC. Na hipótese de manutenção do dever de indenizar, pugnou pela minoração do quantum fixado, posto que o valor supera 910 vezes o valor do produto, devendo o valor atentar também à declaração de hipossuficiência financeira firmada pela apelada.

Preparo recursal às f. 405/406.

Contrarrazões às f. 408/412, em infirmação.

É o relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos objetivos e subjetivos da admissibilidade.

Trata-se de ação na qual a autora visa compelir a ré a indenizá-la pelo dano moral que alega ter sofrido. Na petição inicial a autora narrou ter adquirido caixa com quatro pães de mel fabricados pela ré, sendo que um deles teria sido consumido pela sua filha de sete anos, quando a recorrida não estava presente e, na tarde do mesmo dia, a filha pediu outro pão de mel e começou a ingerir quando a recorrida constatou que o produto estava mofado, com bolor e odor fora do comum, embora sua data de validade expirasse apenas cinco meses adiante. A recorrente ponderou que a sua filha começou a passar mal à noite, com crise de diarreia e muita cólica, em virtude do consumo de produto impróprio para tanto.

Cinge-se a análise do recurso à existência, ou não, de dano moral indenizável decorrente da constatação que o produto ingerido pela filha da apelada estava impróprio para consumo.

Verifica-se que a bem lançada sentença não merece reparo.

É fato incontroverso nos autos que o produto adquirido pela apelada estava impróprio para consumo, apesar de ainda estar no prazo de validade.

Discute-se, no caso, a comprovação da ingestão do produto e dos danos disso decorrentes.

Em se tratando de fato ocorrido em âmbito doméstico, sua comprovação é de difícil realização e, ainda assim, a recorrida o fez de forma suficiente.

Consta dos autos boletim de ocorrência lavrado pela apelada narrando aquisição do produto, sua impropriedade para consumo e a ingestão deste pela filha da apelada (f. 22/23). Apesar de ser documento unilateralmente produzido, inviável desconsiderar seu teor.

Além disso, colhido testemunho de pessoa que trabalha com a apelada, que, apesar de não ter presenciado os fatos, tomou conhecimento dos fatos e chegou a ver o produto esbranquiçado e mofado (f. 391).

Some-se a isso o fato de que houve a inversão do ônus da prova na decisão de f. 35, que não foi objeto de recurso a tempo e modo.

Apesar de a recorrente afirmar que o defeito do produto não ocorreu no momento da fabricação, mas sim em etapa posterior, da qual não é responsável, razão não lhe assiste. Primeiramente, porque os laudos de análise de laboratório de f. 127/128 e 130/131 não são do mesmo lote do produto ingerido. Segundo, porque, conforme laudo pericial, o processo produtivo objeto de discussão, como qualquer outro, "não assegura cem por cento de ocorrência de falhas" (f. 273). Terceiro porque, ainda que o produto tenha se tornado impróprio para consumo em momento posterior à sua produção, a empresa recorrente é solidariamente responsável por toda a cadeia produtiva.

Sobre o tema:

> Agravo interno no agravo em recurso especial. Direito civil e processual civil. Súmula 182/STJ. Não incidência. Decisão agravada reconsiderada. Mérito. Consumidor. Produto alimentício com larvas de insetos. Responsabilidade solidária do fabricante. Ingestão do alimento. Dano moral configurado. Valor adequado. Juros de mora. Correção monetária. Agravo interno provido e, em novo julgamento, agravo conhecido para negar provimento ao Recurso Especial. 1. A necessidade de impugnação específica - prevista no art. 932, III, do CPC/2015 e Súmula 182/STJ - não se aplica ao fundamento relativo à violação de norma constitucional, pois se trata de matéria a ser apreciada no recurso extraordinário. Com isso, reconsidera-se a decisão agravada. 2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, "em se tratando de relação de consumo, são solidariamente responsáveis todos da cadeia produtiva, nada impedindo que a parte que comprovar não ter a culpa possa exercer ação de regresso para ser reembolsado do valor da indenização" (AgInt no AREsp 1.095.795/MG, Rel.ª Min.ª Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 22/3/2018, *DJe* de 5/4/2018). 3. A ingestão, ainda que parcial, de alimento contaminado pela presença de larvas de inseto constitui dano moral *in re ipsa*. Precedentes. 4. O valor arbitrado a título de danos morais - R$12.000,00 (doze mil reais) -, está dentro da razoabilidade quando comparado a casos análogos. 5. Correção monetária a partir do arbitramento (Súmula 362/STJ) e de juros moratórios a partir do evento danoso. 6. Hipótese em que, no entanto, por força do princípio da vedação da reformatio in pejus, mantém-se o quanto decidido no acórdão recorrido, no sentido de que os juros de mora fluam a partir da citação. 7. Agravo interno provido para reconsiderar a decisão agravada, e, em novo julgamento, conhecer do agravo para negar provimento ao recurso especial (AgInt no AREsp 1299401/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, Julgado em 12/2/2019, REPDJe 26/02/2019, *DJe* 25/2/2019).

A recorrente afirma que a apelada deveria ter tentado solucionar a questão administrativamente dentro das hipóteses previstas no art. 18, §1º, do CDC, que prevê:

> Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.
>
> § 1° Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:
>
> I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

> II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
>
> III - o abatimento proporcional do preço.

No entanto, além de a apelada ter afirmado, na inicial, ter tentado contato com a apelante para solução da questão, sem sucesso, não pode ser retirado seu direito a indenização pelos danos comprovadamente sofridos na esfera extrapatrimonial.

É nesse sentido o entendimento deste egrégio Tribunal:

> Apelação cível. Ação de indenização. Produto defeituoso. Oportunização para reparação ou substituição do produto. Desnecessidade. Princípio da inafastabilidade da jurisdição. Art. 5º, XXXV, CR/88. Comercialização de produto alimentício contendo corpo estranho. Dano moral configurado. Quantum indenizatório. Razoabilidade e proporcionalidade. - O fato de o consumidor ter ou não dado oportunidade ao fornecedor para reparação ou substituição do produto defeituoso no prazo estabelecido no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor (30 dias), não lhe retira o direito de acionar diretamente o Poder Judiciário para recebimento de indenização pelos danos causados, em razão, sobretudo, do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CR/88. A comercialização de produto alimentício contendo corpo estranho enseja dano moral, não podendo os sentimentos de repugnância e nojo vivenciados pelo consumidor ser considerados meros aborrecimentos. A indenização por dano moral deve ser arbitrada segundo o prudente arbítrio do julgador, sempre com moderação, observando-se as peculiaridades do caso concreto e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que o quantum arbitrado se preste a atender ao caráter punitivo da medida e de recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima (TJMG - Apelação Cível nº 1.0028.16.000515-4/001, Rel. Des. José de Carvalho Barbosa, 13ª Câmara Cível, j. em 7/12/2017, p. em 15/12/2017).

Logo, demonstrado o abalo moral sofrido pela apelada, via reflexa, vez que adquiriu produto impróprio para consumo, que foi ingerido por sua filha, menor com apenas dez anos à época dos fatos.

Neste sentido, já se manifestou o egrégio Superior Tribunal de Justiça em decisão monocrática que ora transcrevo:

> Recurso Especial nº 1.432.990-MS (2013/0365419-7). Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Recorrente: Companhia Brasileira de Distribuição. Advogados: Carlos Alberto de Jesus Marques e outro. Fernando Davanso dos Santos. Plinio Jose Tude Nakashian. Recorrido: Reinaldo José Koga. Advogados: Paulo Afonso Ouríveis e outro, José Luiz da Silva Neto, Flávio Nantes de Castro. Civil. Processual civil. Indenização. Legitimidade. Dano moral. Reflexo. Precedentes. Demonstração do ocorrido. Reexame. Súmula n. 7/STJ. Recurso a que se nega seguimento. Decisão. - Trata-se de recurso especial apresentado pela Companhia Brasileira de Distribuição, com base no art. 105, III, a e c, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul assim ementado (e-STJ, f. 271-272). Apelação cível. Agravo retido. Decisão que rejeitou as preliminares de ilegitimidade ativa e ausência de interesse e processual. Decisão mantida. Recurso improvido. - A legitimidade para agir é a capacidade de postular direito em juízo, sendo atributo daqueles que são titulares da relação jurídica deduzida. Portanto, devem ser considerados como partes da pretensão indenizatória aqueles que efetivamente podem ser considerados vítimas do evento danoso. Tem legitimidade e interesse em pedir indenização por danos morais aquele que adquire produto estragado, produzido por supermercado de grande porte, e o serve para familiares e amigos, tendo em vista o constrangimento causado pela situação e não propriamente o fato de ter ingerido ou não o produto. Recurso improvido. Decisão mantida. Apelações cíveis. Mérito. Ação de indenização por danos morais. Sentença condenatória. Fato do produto. Desrespeito às normas

> de segurança. Transtorno que ultrapassa o patamar de mero aborrecimento. Danos morais configurados. *Quantum*. Adstrição à razoabilidade e proporcionalidade. Recursos conhecidos. Recurso do autor parcialmente provido para majorar o *quantum* indenizatório. Sentença mantida quanto aos demais termos. - A responsabilidade do fabricante pelos danos oriundos de defeitos relativos aos seus produtos decorre da simples colocação do bem no mercado de consumo, sem a segurança deles esperada. Artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor. Danos morais configurados. O quantum indenizatório deve ser balizado com adstrição aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em consideração elementos como, por exemplo, os transtornos gerados e a capacidade econômica do lesante, para assim atender o caráter punitivo ao infrator e compensatório à vítima, inerentes aos objetivos da reparação civil. Recursos conhecidos. Recurso da ré improvido. Recurso do autor provido para majorar o valor da indenização.

A recorrente alega que houve violação dos arts. 6º e 333, I, do CPC.

Sustenta que o autor não se desincumbiu de comprovar o alegado na inicial; assim como entende que o autor é parte ilegítima na demanda, pois não ingeriu o produto supostamente impróprio para consumo.

Aponta, ainda, divergência jurisprudencial quanto à legitimidade ativa.

Contrarrazões apresentadas (e-STJ, f. 311-317).

Brevemente relatado, decido.

O recurso não merece prosperar.

Quanto à legitimidade ativa para propor esta demanda, o Tribunal estadual consignou (e-STJ, f. 275 e 277):

> A legitimidade do autor advém, ao meu modo de ver, do fato de ser, o adquirente do produto e a vítima do constrangimento provocado ao servir o pão recheado, o qual alega ter sido consumido por seus familiares e amigos.
>
> [...]
>
> De outro norte, penso ser dispensável o efetivo consumo do produto estragado pelo consumidor, porquanto tem o direito, advindo do postulado da dignidade da pessoa humana, de adquirir alimentos, devidamente adequados para o consumo. Sendo certo, ademais que o pão foi consumido por sua esposa, filho e amigos, de sorte que o dano moral advém também do constrangimento e sofrimento presumidos do fato em si.
>
> Com efeito, não há reparo a fazer nesse entendimento, pois o STJ tem firmado jurisprudência no sentido de ser possível indenização por danos morais reflexos, ou seja, embora o ato tenha sido praticado diretamente contra determinada pessoa, seus efeitos acabam por atingir, indiretamente, a integridade moral de terceiros, como no caso em tela.
>
> Nesse sentido:
>
> [...]
>
> No tocante à demonstração do alegado na inicial, assim decidiu o Tribunal de Justiça de Mato Grosso (e-STJ, fl. 276-277):
>
> 'Quanto à prova da impropriedade do produto para o consumo, penso que está consubstanciada nas fotos acostadas aos autos (lis. 16/19) – que demonstram a presença de larvas no pão fabricado pela ré –, no Boletim de Ocorrência registrado pelo autor (f1. 14) e no depoimento das testemunhas arroladas.

> Vejamos os trechos dos depoimentos: [...]
>
> Dessa maneira, depreende-se que o Colegiado estadual julgou a lide com base no substrato fático-probatório dos autos, cujo reexame é vedado em âmbito de recurso especial, ante o óbice do enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal.
>
> Diante do exposto, nego seguimento ao recurso especial.
>
> Publique-se.
>
> Brasília (DF), 24 de abril de 2015, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator"
>
> Também sobre o tema: "A ingestão pelo filho da autora, criança de sete meses, de "papinha" contaminada com larva caracteriza acidente de consumo, causa dano moral também à mãe, atingida ainda pelo descaso da fornecedora, cuja condenação a indenizar fica mantida, com redução (TJSP; Apelação Cível nº 0003305-20.2009.8.26.0020; Rel. Des. Celso Pimentel; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 4/5/2016; Data de Registro: 04/05/2016).

Irrelevante, no caso, se a menor efetivamente teve cólicas ou diarreia em decorrência do consumo do produto, posto que a ingestão de alimento impróprio, por si, caracteriza o dever de indenizar.

No tocante ao *quantum* indenizatório, à falta de pressupostos legais taxativamente enumerados para sua fixação, impõe-se que seu montante seja arbitrado de modo a guardar perfeita correspondência com a gravidade do fato e do seu efeito lesivo, bem como 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.

Neste ponto, ressalto que a declaração de hipossuficiência financeira da apelada de f. 19 foi afastada na decisão de f. 30, que indeferiu a gratuidade de justiça à parte. Além disso, a capacidade financeira da recorrente é de grande monta, o que também deve ser considerado.

Oportuno mencionar também que está em pauta não o valor do produto adquirido pela apelada, mas sim a extensão do dano moral por ela sofrido.

Observados estes parâmetros, e, ainda, tendo por base o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, reputo que o valor de R$5.000,00 (cinco mil reais) se revela suficiente à reparação dos danos suportados pelo autor.

Dispositivo.

Posto isso, nego provimento ao recurso e mantenho integralmente a sentença.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, majoro os honorários devidos pela apelante para 18% (dezoito por cento) sobre o valor da condenação.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DOMINGOS COELHO e JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Validade do negócio jurídico praticado - Erro substâncial descaracterizado - Estado de perigo - Inocorrência - Sentença mantida na integra

- Indubitável dizer que, apesar de o primeiro negócio jurídico realizado entre as partes não possuir efeitos *erga omnes*, o que gera inoponibilidade a terceiros pela ausência do registro junto ao órgão competente, para os sócios envolvidos na negociação, tal instrumento produz eficácia *inter partes*. Entretanto com o advento de um novo contrato estabelecendo a venda das cotas e ainda tendo em vista a anuência expressa de todos os demais apelantes, com suas respectivas assinaturas no instrumento, tenho que a integralidade dos sócios compactuaram com a venda e transferência das cotas, o que impede a caracterização de vício no negócio jurídico celebrado.

- Para a configuração do estado de perigo há a exigência de três requisitos, sendo eles: a) assunção de obrigação excessivamente onerosa; b) existência de iminente risco à pessoa, real ou fundamentadamente suposto; c) conhecimento do risco pela parte que se beneficia.

- No acervo probatório colacionado nos autos pelos apelantes há o carecimento dos elementos essenciais para aplicação da medida protetiva, neste sentido, outra medida não há senão a improcedência do pedido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0223.11.006385-4/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: Rodrigo Cafola, Fabricio Cafola e outro, Antonio Felipe Cafola - Apelado: Ubaldo Morais Júnior - Relator: DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO

Acórdão

Acorda esta 13ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2019. - *Newton Teixeira Carvalho* - Relator.

Voto

DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO - Trata-se de Recurso de Apelação interposto por Fabrício Cafola, Antonio Felipe Cafola e Rodrigo Cafola contra sentença do MM. Juiz de Direito da Vara Cível da Comarca Divinópolis, que, nos autos da "Ação Declaratória de Nulidade de Ato Jurídico C/C Anuluação de Titulo Extrajudicial e Indenização por Danos Materais e Morais", em face de Ubaldo Morais Júnior, julgou improcedente os pedidos iniciais nos seguintes termos:

> [...] Dessa forma, considerando a fragilidade do acervo probatório acostado aos autos, outro caminho não resta senão a improcedência dos pedidos iniciais.
>
> Diante de todo o exposto, julgo improcedentes os pedidos iniciais, com consequente extinção do feito, mediante a resolução de mérito, na forma do art.269, I, do Código de Processo Civil.
>
> Por corolário, revogo a antecipação de tutela concedida as f. 202; prossiga-se com a execução em apenso.

> Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais, na proporção de 1/3 para cada parte, bem assim, de forma solidaria os honorários advocatícios em favor dos procuradores do réu, verba essa que fixo em quantia equivalente a 10% sobre o valor atualizado da causa [...]

Em sede de razões recursais da apelação, alegam os apelantes que as fundamentações da sentença guerreada não se sustentam, na medida em que o magistrado reconheceu como válida a primeira alienação das cotas sociais da empresa, realizada entre o terceiro apelante, Rodrigo Cafola, ora comprador, e o apelado, Ubaldo Morais Júnior, ora vendedor.

Asseveram que o recorrido possuía 100.000 (cem mil) unidades de cotas da empresa, e, devido ao negócio jurídico celebrado *a priori* entre o terceiro apelante e o apelado, restou apenas a titularidade de 50.000 (cinquenta mil) unidades de cotas para o apelado.

Ressaltam que, por consequência lógica, se houve a validação da alienação, por parte do juiz primevo, de 50.000 (cinquenta mil) unidades, na primeira alienação, a segunda alienação, por sua vez, deve ser considerada inválida, tendo em vista que consta a venda de 100.000 (cem mil) cotas ao primeiro apelante ainda como titularidade do apelado.

Alegam ainda o instituto do estado de perigo, em que se encontravam no momento da assinatura do segundo negócio jurídico, sob a premissa de que a empresa era tida como familiar, e, por estar em ruínas, em virtude das dividas contraídas ao longo da atividade comercial junto aos credores, ameaçava o patrimônio familiar.

Por derradeiro, requereram a reforma da sentença, a fim de que seja dado provimento aos pedidos elencados na exordial para o reconhecimento da nulidade do Contrato de Compra e Venda de Quotas de Capital, datada do dia 14/11/2008, bem como a Alteração de Contrato Social da "Refrigerantes Santo Antônio Ltda." no dia 19.11.2008.

Contrarrazões apresentadas, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Relatado no essencial. Decido.

Conheço do recurso, porquanto estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

Mérito.

Retratam os autos que os requerentes, juntamente com o requerido, celebraram contrato de compra e venda de 100.000 (cem mil) unidades das cotas sociais da empresa Refrigerantes Santo Antônio Ltda, situada na comarca de Divinópolis/MG, de titularidade do sócio Ubaldo Morais Junior, ora apelado.

Nada obstante, alegam os apelantes que o ato jurídico esta maculado de vícios no tocante ao objeto da alienação e consentimento dos sócios, o que coaduna para a nulidade do ato praticado.

Em que pesem os esforços declinados pelos patronos dos apelantes, a pretensão almejada neste recurso não merece prosperar, pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos.

Conforme narra a inicial, houve a contratação e constituição de empresa atrelada ao ramo alimentício, denominada de Refrigerantes Santo Antônio Ltda., tendo como pioneiros os então sócios, Sr. Rodrigo e Ubaldo.

Por desarranjos comerciais entre os sócios, houve a celebração de um negócio jurídico, tendo como objeto a alienação de 50.000 (cinquenta mil) cotas sociais de titularidade de Ubaldo, ora recorrido, em detrimento de Rodrigo, ora recorrente, passando Rodrigo a ter 150.000 (cento e cinquenta mil) cotas e Ubaldo 50.000 (cinquenta mil). Frisa-se que tal contrato não fora levado a registro perante a Junta Comercial competente para produção de seus efeitos *erga omnes*.

Avante, reportando a exordial, tem-se que devido a dificuldades administrativas na empresa, o então sócio Rodrigo incorporou junto aos quadros societários, seus dois irmãos, Fabricio e Antônio Felipe, ficando os quatro sócios, cada qual, com a porcentagem de 50.000 (cinquenta mil) cotas.

Ato contínuo houve ainda a celebração de novo negócio jurídico, tendo como escopo a alienação de 100.000 (cem mil) cotas de titularidade de Ubaldo em favor de Fabrício Cafola, datado do dia 14 de novembro de 2008, o que fez gerar títulos de créditos dos quais estão sendo executados pelo apelado devido a inadimplência dos apelantes.

Indubitável dizer que, apesar de o primeiro negócio jurídico realizado entre o terceiro apelante e o apelado não possuir efeitos *erga omnes*, o que gera inoponibilidade a terceiros pela ausência do registro junto ao órgão competente, para os sócios envolvidos na negociação, tal instrumento produz eficácia *inter partes*.

Entretanto, com o advento de um novo contrato estabelecendo a venda de 100.000 (cem mil) cotas de titularidade do apelado, para o então apelante e sócio Fabricio, e ainda tendo em vista a anuência expressa de todos os demais apelantes, com suas respectivas assinaturas no instrumento, a integralidade dos sócios compactuou com a venda e transferência das cotas, passando a empresa a configurar com apenas dois sócios, os irmãos Fabrício e Rodrigo Cafola, o que, neste sentido, impede a caracterização de vício no negócio jurídico celebrado.

Ultrapassada tal premissa, noutro giro, no que diz respeito ao instituto do estado de perigo, dispõe o Código Civil em seu artigo 156 que:

> Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.
>
> Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

Da simples analise da norma, tem-se que a intenção do legislador na confecção do referido defeito no negócio jurídico, era de atribuir proteção à pessoa física/natural de um dos contratantes considerando a circunstância de que ele próprio ou alguém de sua família, no momento da contratação, se encontrava em aparente risco, o que seria motivo hábil para assunção de obrigação excessivamente onerosa.

Neste sentido, apesar da possibilidade contida no paragrafo único do comendo legal acerca da extensão da proteção para o terceiros, de acordo com o caso concreto, indubitável se tem que determinada extensão só se dará a pessoa natural com o fim da preservação da pessoa humana, o que por óbvio, não seria justo restringir somente ao declarante e seus familiares, porém, frisa-se que tal instrumento é alcançável somente às pessoas naturais.

Ademais, conforme leciona Nestor Duarte, para configuração do estado de perigo há a exigência de três requisitos, sendo eles:

> [...] a) assunção de obrigação excessivamente onerosa; b) existência de iminente risco à pessoa, real ou fundamentadamente suposto; c)conhecimento do risco pela parte que se beneficia (Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n.10.406, de 10/1/2002: contém o Código Civil de 1916/ coordenador Cesar Peluso - 6.ed.rv.e atual. - Barueri, SP: Manole, 2012).

No acervo probatório colacionado nos autos pelos apelantes há o carecimento dos elementos essenciais para aplicação da medida protetiva, neste sentido, outra medida não há senão a improcedência do pedido.

Desse modo, deve ser mantida incólume a sentença recorrida, que julgou improcedentes os pedidos iniciais, declarando, por conseguinte a validade do instrumento jurídico atacado.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Em razão do desprovimento do recurso majoro os honorários advocatícios para 20%, conforme art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO HENRIQUE e ROGÉRIO MEDEIROS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Indenização - Responsabilidade estatal - Prisão em flagrante: liberdade provisória: manutenção da prisão - Impedimento: lançamento iindevido - Dano moral *in re ipsa* - Prova: extensão e quantificação: especificidades do caso

- A ocorrência de dano moral advindo de indevida não liberação de preso com "liberdade provisória" deferida, independe de prova (dano *in re ipsa*), mas não sua extensão, que dá a medida da indenização.

- Inexistindo parâmetro objetivo, o valor dos danos morais deve ser fixado em arbitramento com prudência e moderação, analisadas as especificidades do caso, nos limites em que os haja bastantes provados.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0521.14.006574-4/001 - Comarca de Ponte Nova - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: José Natividade Xisto - 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, À UNANIMIDADE, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 25 de junho de 2019. - *Oliveira Firmo* - Relator.

Voto

DES. OLIVEIRA FIRMO - I - Relatório.

Trata-se de apelação interposta pelo Estado de Minas Gerais da sentença (f. 67-70v - declarada à f. 75-76v) que, publicada na vigência do CPC/2015 e prolatada em "ação de responsabilidade civil c/c danos morais" contra ele proposta por José Natividade Xisto, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando o requerido ao pagamento de R$20.000,00 (vinte mil reais) a título de danos morais, ao fundamento de que provados os requisitos da responsabilidade estatal objetiva, demonstrada nos autos a prisão ilegal do requerente/apelado em virtude do impedimento indevido em sua folha de antecedente criminais (FAC); correção monetária pelo índice nacional de preços ao consumidor amplo-especial (IPCA-E), desde o arbitramento (enunciado da Súmula nº 362, do STJ) e juros de mora pelos índices oficiais da caderneta de poupança, a partir da citação; custas processuais pelas partes, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada (art. 85, § 2º, do CPC/2015), isento o requerido e suspensa a condenação em relação ao requerente; honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (art. 85, §§ 2º e 3º, I, do CPC/2015) "*corrigidos e com incidência de juros de mora de 1% ao mês*", suspensa a condenação apenas em relação ao requerente, eis que amparado pela "justiça gratuita".

O apelante alega, em síntese, que: a) o agente estatal agiu no estrito cumprimento do dever legal, pois negou a soltura do apelado nos limites da lei, logo, excluído o nexo de causalidade; b) o alvará de soltura era expresso em determina sua liberação apenas se por outro motivo não devesse permanecer preso; c) não cabia ao

servidor decidir pela soltura do apelante, a despeito de ordem judicial; d) o documento de f. 47 revela que o apelante foi informado do impedimento à sua soltura, podendo, desde então, empreender esforços para a sua liberação, mas só em 20/11/2013 requereu sua soltura; e) - sem nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano alegado pelo apelado; f) é pacífico na jurisprudência que a responsabilidade civil do Estado deixa de ser objetiva, devendo a parte que se diz prejudicada comprovar a atuação dolosa ou fraudulenta do magistrado ou sua recusa, omissão ou atraso na determinação de providência que deva ordenar de ofício e, no caso dos autos, não há nem mesmo indícios de que isso ocorreu, tendo os juízes que conduziram os processos em tramite nas comarcas de Piranga/MG e Ponte Nova/MG atuado conforme a lei e sem qualquer abusividade; g) o juízo criminal da comarca de Ponte Nova/MG não poderia desautorizar a prisão ainda em aberto, por ordem de outro magistrado e, por sua vez, não há prova de que a atuação do magistrado da comarca de Piranga/MG tenha sido dolosa ou fraudulenta; h) pelo princípio da eventualidade, caso mantida a condenação, o valor deve ser reduzido para montante razoável. Pede o provimento do recurso e a reforma da sentença, condenando-se o apelado no pagamento de custas e honorários advocatícios (f. 78-87).

Preparo: parte isenta (art. 10, I, da Lei estadual nº 14.939/2003).

Contrarrazões pela manutenção da sentença, confirmando-se a condenação, por comprovada a ilicitude da prisão (f. 89-94).

Ministério Público: denega manifestação (f. 98).

É o relatório.

II - Juízo de admissibilidade.

Vistos os pressupostos de admissibilidade, recebo a apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo e dela conheço.

III - Mérito.

III - a) - Da responsabilidade civil.

O art. 37, § 6º da Constituição Federal (CF) dispõe que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. O dispositivo constitucional institui a responsabilidade objetiva por danos causados pelos agentes do Estado e das prestadoras de serviço público, sem distinguir se se cuida de responsabilidade por ação ou omissão, por ato lícito ou ilícito.

A norma também não diferencia dentre os agentes estatais aqueles servidores públicos ou os agentes políticos.

Igualmente, o art. 5º, LXXV, da CF, prevê o dever de o Estado indenizar "*o condenado por erro judiciário*", sem diferenciar a natureza da condenação, cível ou criminal.

A seu turno, o STF firmou, de há muito, jurisprudência no sentido da possibilidade de reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado por atos judiciais, especialmente nos casos de erro judiciário, prisão além do tempo e nas hipóteses expressamente previstas em lei (*V.g.* STF: AI 599.501 AgR/PR, Rel.ª Min.ª Carmem Lúcia, j. em 19/11/2013, p. em 26/11/2013; AI 842.715 AgR/AP, Rel.ª Min.ª Rosa Weber, j. em

12/8/2014, p. 26.8.2014; AI 803.831 AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 19/3/2013, p. em 16/5/2013; RE 505.393/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 26/6/2007, p. em 5.10.2007.

E, para o caso, a causa de pedir do requerente/apelado veio lastreada especificamente na hipótese de prisão indevida, o que enseja, em tese, a pretensão indenizatória.

III - b) - Do estrito cumprimento do dever legal.

Sabido que o estrito cumprimento do dever legal constitui causa excludente do nexo causal e, por conseguinte, do dever indenizatório.

No entanto, para a espécie, inviável acolher-se a tese recursal no particular, pois, embora preso em flagrante em 9/11/2013, pelo juízo criminal da comarca de Ponte Nova/MG, por infração ao art. 121 c/c art. 14, II, do Código Penal (CP), a prova documental confirma que foi concedida liberdade provisória e expedido alvará de soltura na mesma data – em 9/11/2013 (f. 46) –, no entanto, por impedimento lançado de modo indevido, não foi solto.

O indigitado impedimento referia-se à prática do delito descrito no art. 121, § 4º, do CP, cuja prisão em flagrante teria ocorrido em 10/8/1983, pelo juízo criminal da Comarca de Piranga/MG, tendo como suposta vítima, Senhora de Oliveira (f. 47).

Ocorre que, como se vê dos documentos acostados aos autos pelo próprio requerido/apelante, após as devidas pesquisas, verificou-se que não havia impedimento para a soltura do requerente/apelado, fazendo constar a seguinte observação no documento emitido pela autoridade policial da comarca de Ponte Nova/MG: "Alvará de soltura retificador do Alvará 667931. Refere-se a prisão de 7/8/1983, vítima João Roque Lourenço; conforme Ofício 1.230/13 (Proc. 00813002019-3) que retifica data e vítima de impedimento anterior" (f. 49).

Nesse contexto, em 26/11/2013 o requerente/apelado foi colocado em liberdade, constando do alvará de soltura que o motivo seria o "*cumprimento integral da pena*" (f. 48).

Diante disso, vê-se que a pena relativa ao crime praticado na comarca de Piranga/MG já tinha sido cumprida há anos, sendo a manutenção da segregação do apelado em nov./2013, de fato, ilegal.

E tal somente se deu em virtude de falha inequívoca no mecanismo judicial, que deixou de dar baixa naquele processo criminal que tramitou na comarca de Piranga/MG, já que inconteste, diante do próprio documento trazido aos autos pelo Estado, que a pena já tinha sido integralmente cumprida

Assim, por caracterizados os requisitos da responsabilidade do Estado (conduta, dano e nexo causal), bem como por ausente alguma causa excludente, correta a condenação.

III - c) - Do dano moral.

No ordenamento jurídico há hipóteses de dispensa de prova do dano moral puro (dano *in re ipsa*), como no caso da injusta privação da liberdade, em decorrência de prisão ilegal, ficando o julgador autorizado a fixar o valor da indenização por equidade, consoante dispõe o Código Civil (CC). Assim, nem toda reparação depende de prova cabal do prejuízo moral, que pode ser presumido das circunstâncias e da experiência comum.

Código Civil

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:

I - o cárcere privado;

II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé;

III - a prisão ilegal.

Art. 127. O juiz só decidirá por eqüidade nos casos previstos em lei.

III - d) - Da quantificação da indenização

Para o arbitramento do valor da indenização, tarefa das mais árduas da atividade judicante, há um parâmetro legal necessário a ser seguido, que determina deva corresponder à extensão do dano,o que impõe ao julgador o dever de examinar sempre as especificidades do "caso concreto" (CC, art. 944: "A indenização mede-se pela extensão do dano").

Tenho entendimento formado sobre a questão da quantificação da indenização por dano moral, sobre como o julgador deve se conduzir na apreciação do pedido indenizatório pelo prejuízo imaterial. Sempre fui contrário à jurisprudência da precificação da indenização, do tabelamento da montante indenizatório só em relação ao evento lesivo.

Entendo imprescindível, pois, que a parte indique as circunstâncias do evento danoso que lhe teriam sido especialmente dolorosas e prejudiciais, e como afetaram sua subjetividade, em que grau, em que extensão. Cada caso é um caso; cada ser humano, único; e as sensibilidades, experiências de vida, relações pessoais e sociais, irrepetíveis. É por isso que a mais fiel conversão do dano moral em expressão monetária há de ser feita à luz das alegações sobre a especificidade dos reflexos do evento danoso no patrimônio imaterial da vítima, cumpridamente provadas. O dano moral, em certas circunstâncias, pode ser inferido da experiência do homem médio, mas não sua extensão, que dará a medida do valor da indenização. Assim, cabe à parte trazer ao julgador os fatos que lhe permitam dimensionar a lesão sofrida, a fim de lhe assegurar a contrapartida monetária tão justa quanto possível, para aquele caso.

No caso em particular, sobressaem a desorganização do serviço público e o descaso com o cidadão. Enredado em situação irregular deflagrada por ausência de comunicação e baixa de impedimento, manteve encarcerado indevidamente quem deveria ser solto, uma vez que o impedimento à soltura não subsistia, já que cumprida a pena. A falta de seriedade com que se houve a Administração Pública reflete o estado de corrupção em que se encontra o Estado, em que os agentes públicos, acomodados com a efetividade do

provimento no cargo por concurso, recebem regularmente os respectivos vencimentos, descompromissados da contraprestação séria de um serviço eficiente.

Para a espécie, observo, porém, o tempo de privação da liberdade, 17 (dezessete) dias - contados de 9.11.2013 até a efetiva soltura em 26.11.2013 - não havendo qualquer outra causa para a prisão ou manutenção dela; considero a idade do autor, nascido em 8.9.1955, contando, ao tempo da prisão com 58 (cinquenta e oito) anos; considero o alto o grau de reprovação da conduta estatal, diante do descumprimento do postulado constitucional de eficiência da Administração Pública. Por outro lado, considero, ainda, ser apreensível pelas regras da experiência comum que é tão mais sentida a perda da liberdade por aquele que nunca se envolveu com atividades ilícitas do que por alguém já envolvido em ilícito, penal, com passagem pela polícia e vindo de uma prisão em flagrante, que é o caso do requerente; finalmente, considero que o requerente nem sequer se abalou em provar a intensidade do agravo que a indevida prisão lhe causou, deixando o julgador à mercê de seu alvedrio, de sua subjetividade, para considerar embora um mínimo de indignação do ofendido.

Quanto a extensão do dano, nada veio aos autos, sem nenhuma prova testemunhal ou documental sobre eventual abalo psicológico ou emocional, ou sentimento de injustiça do requerente em decorrência da manutenção de sua prisão.

Nesse contexto, quer-me parecer bastante para o fim de compensar o dano o importe de R$5.000,00 (cinco mil reais).

III - e) - Consectários legais.

No que tange aos consectários legais, sem recurso da parte prejudicada, mantenho tal como fixado na sentença, esclarecendo apenas que já foi expressamente adotado quando do julgamento dos embargos de declaração o IPCA-E como índice de correção monetária.

III - f) - Honorários.

Considerando que a pretensão de indenização por danos morais não enseja sucumbência recíproca pelo só arbitramento em patamar inferior ao pleiteado (Súmula nº 326/STJ), lastima-se que a sentença tenha julgado parcialmente procedente o pedido inicial e, de modo indevido, redistribuído a sucumbência entre as partes. Todavia, sem recurso da parte prejudicada, confirmo a sentença quanto ao ponto.

IV - Conclusão.

Posto isso, dou parcial provimento à apelação, tão somente para reduzir o valor da indenização para R$5.000,00 (cinco mil reais).

Considerando que a pretensão de indenização por danos morais não enseja sucumbência recíproca pelo só arbitramento em patamar inferior ao pleiteado (Súmula nº 326/STJ); considerando, porém, que em sede recursal o requerido/apelante defende a improcedência do pedido, porém, obteve apenas a redução do seu valor, tal como pedido subsidiariamente; considerando a simplicidade da atuação, limitada à apresentação de contrarrazões mediante protocolo na Comarca onde se estabelece o advogado e a curta duração do trabalho adicional em grau recursal, julgado o feito em pouco mais de 1 (um) ano da distribuição (art. 85, § 2º do CPC/2015), majoro os honorários devidos pelo requerido/apelante em 10% (dez por cento), tendo como base os honorários a que foi condenado na instância de origem (art. 85, § 11, do CPC/2015).

Custas: requerido/apelante: isento (art. 10, I, da Lei estadual nº 14.939/2003).

É o voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WILSON BENEVIDES e ALICE BIRCHAL.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO.

• • •

Apelação cível. Ação de indenização. Cancelamento de curso. Número mínimo de matriculados. Abusividade da cláusula. Não ocorrência. Diligência da instituição de ensino para promover transferência dos alunos. Ato ilícito. Inexistente. Sentença mantida

- As instituições de ensino superior gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, nos termos do art. 207 da Constituição da República de 1988.

- Restando comprovado que, diante cancelamento do curso ofertado, a instituição de ensino tentou realizar convênio com outras faculdades que oferecessem curso similar, com o intuito de atender aos interesses dos alunos, não há que se falar em existência de ato ilícito.

- Sentença mantida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0411.13.007353-8/001 - Comarca de Matozinhos - Apelante: Lícia Alves Vieira - Apelado: Instituto Cultural Newton Paiva Ferreira Ltda. - Relator: DES. JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 2 de maio de 2019 - *José Américo Martins da Costa* - Relator.

Voto

DES. JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA - Lúcia Alves Vieira apela da sentença que, nos autos de ação de indenização, julgou improcedente o pedido inicial.

A apelante alega, em suma, que "... a mudança de instituição de ensino não foi por conveniência da apelante e sim por ato unilateral do requerido, eis que pretendia terminar o curso de nutrição na instituição ré", f. 193.

Defende que "há abusividade da cláusula que autoriza a 'transferência' de curso, como explicitado na peça inicial. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 54, colaciona que o contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo", f. 195.

Sustenta que "... não há como afastar o ato ilícito cometido pela apelada, eis que deixou de prestar os serviços educacionais, mesmo ciente de que a turma de nutrição não estava formada logo no início e, ainda assim, persistiu em dar as aulas. Há evidente liame causal entre a quebra contratual unilateral e o resultado danoso experimentado pela aluna, que se viu com seu curso superior paralisado após anos de dedicação", f. 196.

Arguiu que "... além do abalo psicológico, também teve prejuízo material com o cancelamento unilateral do curso. Perdeu três semestres, voltando para o 2º, ou seja, para o início do curso de nutrição. Importante salientar que pagou mensalidades para o requerido e uma parte ainda vai pagar ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), pois tinha o financiamento através do Fies. Ademais, arcou com transporte para outra cidade. Além disso, o curso no atual centro universitário é mais caro, não conseguiu a bolsa de 10%, como a que tinha na instituição ré, e nem pode renovar seu contrato para obter o FIES até o momento", f. 202.

Requer o conhecimento e provimento do recurso.

Recurso isento de preparo, uma vez que a parte litiga sob os auspícios da gratuidade da justiça.

Contrarrazões apresentadas às f. 215-228.

É o relatório no necessário. Passa-se à decisão.

Juízo de admissibilidade.

Analisa-se a admissibilidade do recurso, com base na Lei Processual Civil de 2015, considerando que a decisão foi publicada sob a sua vigência, com respaldo no Enunciado nº 54 do Fórum de Debates e Enunciados sobre o NCPC deste e. TJMG: "A legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial, assim considerada sua publicação em cartório, secretaria ou inserção nos autos eletrônicos".

O Colendo Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico sobre o tema:

> Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Código de processo civil de 1973. Aplicabilidade. Trânsito em julgado parcial. Inexistência. Execução provisória do julgado. Multa. Art. 475-j do Código de Processo Civil. Inaplicabilidade. I- Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 9/3/2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973. [...] (AgRg no REsp 1258054/MG, Rel.ª Min.ª Regina Helena Costa, 1ª Turma, j. em 23/6/2016, *DJe* de 30/6/2016).

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Mérito.

Cuida-se de ação indenizatória na qual a parte autora, ora apelante, pleiteia a condenação da parte ré ao pagamento de danos morais e materiais, em decorrência do cancelamento do curso de Nutrição, no qual estava matriculada, por insuficiência de número de alunos.

A sentença objurgada julgou improcedentes os pedidos iniciais ao fundamento de que:

> [...] ao extinguir o curso em razão da escassez de alunos, a parte ré demonstrou boa-fé, oferecendo alternativas à autora de faculdades para as quais poderia ser transferida, com grade curricular semelhante, pelo que não verifico a prática de ato ilícito a ensejar o dever de reparação, considerando, repisa-se, que a extinção de cursos é procedimento legalmente previsto e admitido pelo art. 53 da Lei nº 9.394/1996 e a transferência nesses casos possui previsão expressa na avença afirmada entre as partes, f. 185-v.

Não merece reforma o *decisum*!

Como sabido, as instituições de ensino superior gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, nos termos do art. 207 da Constituição da República de 1988.

A Lei nº 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, dispõe que:

> Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:
>
> I - criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino; [...].
>
> § 1º Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:
>
> I - criação, expansão, modificação e extinção de cursos.

O que se observa é que a extinção de curso é uma prerrogativa da instituição de ensino, "por se tratar de faculdade didático-pedagógica regulada pelas diretrizes de ensino e pesquisa, além de atividade econômica orientada pelas regras de mercado" (REsp 1453852/GO).

Não se desconhece, também, o fato de que a relação entabulada entre as instituições de ensino superior e os alunos é de consumo, motivo pelo qual deve haver transparência no repasse de todas as informações relativas ao curso adquirido, asseguradas as liberdades de escolha e igualdade na contratação, conforme preceitua o art. 6, II do CDC.

No caso dos autos, verifica-se que há no contrato de f. 16 cláusula que dispõe expressamente que: "§ 2º. Fica estabelecido entre as partes contratantes que o contratado poderá, no primeiro período ou durante o curso, transferir o contratante de período, módulo, sequência, ciclo, turno, turma e/ou unidade, se a classe estiver com menos de 20 (vinte) alunos".

Diferentemente do que alega a apelante, referida cláusula não pode ser considerada abusiva, uma vez que foi redigida de forma clara, não se podendo considerar que induza o consumidor a erro.

Além disso, é incontroverso que a instituição de ensino realizou convênio com outras faculdades que ofereciam curso similar, com o intuito de atender ao interesse dos alunos.

Ao prestar depoimento pessoal, a própria parte autora esclareceu que "a instituição requerida sugeriu que os alunos procurassem as instituições Uni-BH e UMA, tendo em vista que a grade destas instituições eram mais compatíveis com a da requerida; que houve análise pela instituição requerida das grades mais compatíveis, apresentando-as aos alunos; que transferiu seu curso para o Uni-BH, porém não chegou a frequentar o curso naquela instituição", f. 138.

Constata-se que a ré, além de agir conforme previsão contratual, ainda diligenciou para conseguir transferir os alunos matriculados para instituições de ensino que fornecessem o mesmo curso. Portanto, não se pode considerar que a apelada tenha cometido ato ilícito.

Como foi bem ressaltado pelo magistrado *a quo* ao proferir a sentença, foi a apelante quem optou por concluir seu curso em faculdade diversa daquelas indicadas pela parte apelada, assumindo os riscos e responsabilidades da escolha.

Posto isso, não pode a ré ser responsabilizada pelos eventuais danos apontados pela parte autora.

Pela pertinência, transcreve-se o seguinte julgado:

> Recurso especial. Instituição de ensino superior. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Inépcia da petição inicial. Inexistência. Ação de indenização por danos materiais e morais. Extinção de curso sequencial. Possibilidade. Autonomia universitária. Peculiaridades do caso que revelam a conduta abusiva e ilegal da instituição educacional. Dano moral reconhecido. Recurso não provido. 1. Não há falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil na hipótese em que o acórdão recorrido resolve todas as questões pertinentes ao litígio, tornando-se dispensável que venha a examinar todos os argumentos trazidos pelas partes. 2. A ação de indenização proposta em desfavor de instituição privada de ensino, tendo por fundamento a extinção de curso superior, deve ser julgada e processada na Justiça comum estadual. 3. Não se revela inepta a petição inicial que, nos autos da ação de indenização, requer ao magistrado o arbitramento do valor da reparação por dano moral ao seu prudente arbítrio, sem que isso implique violação ao art. 286, *caput*, do Código de Processo Civil. 4. A instituição educacional privada de ensino superior goza de autonomia universitária, nos termos do art. 207 da Constituição Federal, razão pela qual é possível proceder à extinção de curso superior, conforme preceito constante do art. 53, I, da Lei nº 9.394/1996 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. 5. Apesar da autonomia universitária quanto à possibilidade de extinção de curso superior, o caso revela que a conduta da instituição de ensino se mostrou abusiva. 6. Não se verifica que a instituição de ensino tentou realizar convênio com outras faculdades ou universidades que oferecessem curso idêntico ou similar, com o intuito de atender aos interesses dos alunos que pretendiam a formação em tempo mais curto. 7. Inexiste comprovação da existência de outras instituições que oferecessem curso equivalente na mesma região, de modo que os alunos pudessem realizar a transferência sem grandes transtornos operacionais e/ou financeiros. 8. A conduta da instituição de ensino afrontou o § 1º do art. 4º da Resolução nº 1/1999, do Conselho Nacional de Educação, segundo o qual os cursos sequenciais de formação específica podem ser encerrados a qualquer tempo, desde que seja assegurada a conclusão dos estudos, no próprio curso, dos alunos nele matriculados. 9. Recurso especial não provido (REsp 1453852/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 27/10/2015, *DJe* de 20/11/2015).

Portanto, não merece retoque a sentença objurgada.

Dispositivo.

Posto isso, e com fulcro no art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nega-se provimento ao recurso.

Custas recursais e honorários pela apelante, os quais não serão majorados, uma vez que foram fixados em seu percentual máximo na instância de origem.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores MAURÍLIO GABRIEL e TIAGO PINTO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação civel - Relação de consumo - Instituição de ensino - Encerramento das atividades - Dano material e moral - Responsabilidade objetiva - Transferência de alunos - Não comprovação de atendimento das exigências do MEC - Reparação necessária

- Tratando-se de relação de consumo, a responsabilidade é objetiva, cabendo ao fornecedor de produtos e serviços comprovar que a responsabilidade não é sua, pelas excludentes previstas.

- No caso de encerramento das atividades, é obrigação da instituição de ensino a vedação de ingresso de novos estudantes; a entrega de registros e documentos acadêmicos aos estudantes; e a oferta final de disciplinas e transferência de estudantes, quando for o caso, conforme art. 57, do Decreto nº 9.235/2017.

- Não comprovado cumprimento das exigências, é flagrante a ocorrência de ato ilícito.

- A indenização por danos morais deve ser arbitrada com fundamento nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, levando-se em conta que sua finalidade é compensar o sofrimento impingido à vítima e desestimular o ofensor a perpetrar a mesma conduta.

- Ao contrário do dano moral, o dano material deve ser devidamente quantificado por se tratar de prejuízo concreto e não hipotético.

- Os honorários advocatícios sucumbenciais deverão ser arbitrados em conformidade com o art. 85, do NCPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0407.15.008023-9/001 - Comarca de Mateus Leme - Apelante: Jerfesson dos Santos Araujo - Apelado: Instituto João Alfredo de Andrade Ltda. - Relator: DES. ALEXANDRE SANTIAGO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 5 de junho de 2019 - *Alexandre Santiago* - Relator.

Voto

DES. ALEXANDRE SANTIAGO - Tratam os autos de recursos interpostos contra a sentença de f. 207/212, proferida pela MM. Juíza da 1ª Vara Cível da Comarca de Mateus Leme, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais ajuizada por Jerfesson dos Santos Araujo em face de Instituto João Alfredo de Andrade Ltda.

O requerido apresenta apelação às f. 218/221, defendendo que a sentença deve ser reformada ao argumento de que, antes do fechamento do curso, tomou todas as providências cabíveis a fim de zelar pela continuidade

do curso daqueles estudantes que assim pretendiam e assegurar o aproveitamento dos cursos realizados, condições satisfatórias de qualidade de oferta da educação superior e economicamente compatíveis.

Salienta que as medidas tomadas foram em observância àquelas previstas na Portaria Normativa nº 18/2013 do MEC.

Ademais, aduz que a prova testemunhal foi desconsiderada por completo pela magistrada sentenciante, o que lhe traz enormes prejuízos em relação ao deslinde da lide.

Pugna, então, pela improcedência total do pedido inicial.

Preparo comprovado às f. 222/223 e complementado às f. 259/260.

Contrarrazões apresentadas pelo autor à f. 231, pretendendo, sinteticamente, a manutenção da sentença.

O autor, por sua vez, apresenta apelação às f. 232/247, pretendendo a condenação do requerido ao pagamento indenização pelos prejuízos materiais sofridos, além da majoração do valor arbitrado a título de danos morais.

Ademais, requer a majoração dos honorários advocatícios para 20% sobre o valor da condenação. Sustenta, ainda, que não decaiu na maior parte de seus pedidos, motivo pelo qual os ônus sucumbenciais devem ser distribuídos proporcionalmente.

Contrarrazões apresentadas pela requerida às f. 255/256, pretendendo o desprovimento do recurso.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Registro, inicialmente, que os recursos serão apreciados conjuntamente.

Compulsando os autos, nota-se que a presente Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais foi ajuizada ao argumento de que, com o encerramento da instituição de ensino superior requerida, o autor sofreu prejuízos na esfera moral e material, motivo pelo qual pretende a reparação.

Salienta que, ao tempo do encerramento, 30/6/2015, cursava o sétimo período de Direito, vendo-se obrigado a transferir para Faculdade Pitágoras de Betim, com valores de mensalidade e grade curricular diversa da contratada com o requerido.

Informa que, para continuidade dos estudos, além da diferença referente às mensalidades, teve que se deslocar para outra cidade, sendo que o custo mensal com combustível e estacionamento era de R$180,00.

Ademais, salienta que a situação vivenciada causou-lhe danos morais notadamente em razão de se encontrar desamparado e com incertezas em relação ao seu futuro acadêmico.

O requerido, por sua vez, confirma o encerramento das atividades, porém, alega que agiu em conformidade com a Portaria Normativa nº 18/2013, do MEC, argumentando que, antes do fechamento do curso, tomou todas as providências cabíveis a fim de zelar pela continuidade do curso daqueles estudantes que assim pretendiam e assegurar o aproveitamento dos cursos realizados, condições satisfatórias de qualidade de oferta da educação superior e economicamente compatíveis.

O pedido inicial foi julgado parcialmente procedente:

> Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar a ré Instituto João Alfredo de Andrade Ltda a pagar ao autor Jefferson dos Santos Araujo a quantia de R$ 7.000,00 (sete mil reais), a título de indenização por danos morais, acrescida de juros de mora de 1% ao mês a contar do evento danoso - data do fechamento da faculdade (30.06.2015), a ser corrigida monetariamente pela tabela da CGJ/TJMG, a contar da data desta decisão.

É mister tecer uma análise acerca dos elementos caracterizadores da Responsabilidade Civil. Por isso, colaciona-se abaixo os principais dispositivos do Diploma Civil que tratam do assunto:

> 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.

O mestre Caio Mário da Silva Pereira, dissertando sobre a temática, preleciona que, dos preceitos legais supra, extraem-se os seguintes requisitos:

> a) Em primeiro lugar, a verificação de uma conduta antijurídica, que abrange comportamento contrário a direito, por comissão ou por omissão, sem necessidade de indagar se houve ou não o propósito de malfazer; b). em segundo lugar, a existência de um dano, tomada a expressão no sentido de lesão a um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial; c). e em terceiro lugar, o estabelecimento de um nexo de causalidade entre uma e outro, de forma a precisar-se que o dano decorre da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que sem a verificação do comportamento contrário a direito não teria havido o atentado ao bem jurídico (*Instituições de Direito Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, p. 457).
>
> A iliceidade de conduta está no procedimento contrário a um dever preexistente. Sempre que alguém falta ao dever a que é adstrito, comete um ilícito, e como os deveres, qualquer que seja a sua causa imediata, na realidade, são sempre impostos pelos preceitos jurídicos, o ato ilícito importa em violação do ordenamento jurídico. Comete-o comissivamente quando orienta a sua ação num determinado sentido, que é contraveniente à lei; pratica-o por omissão, quando se abstém de atuar, se deve fazê-lo, e na sua inércia transgride um dever predeterminado. Procede por negligência se deixa de tomar os cuidados necessários a evitar um dano; age por imprudência ao abandonar as cautelas normais que deveria observar; atua por imperícia quando descumpre as regras a serem observadas na disciplina de qualquer arte ou ofício" (destaques do autor) (Instituições de Direito Civil. 18. ed. vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 416).
>
> O ato ilícito tem correlata a obrigação de reparar o mal. Enquanto a obrigação permanece meramente abstrata ou teórica, não interessa senão à moral. Mas, quando se tem em vista a efetiva reparação do dano, toma-o o direito a seu cuidado e constrói a teoria da responsabilidade civil. Esta é, na essência, a imputação do resultado da conduta antijurídica, e implica necessariamente a obrigação de indenizar o mal causado (Instituições de Direito Civil. 18. ed. vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 420).

Sobre a temática em testilha, a jurisprudência de nossos Tribunais, já há muito pacificada, é a seguinte:

> Para a procedência da ação de indenização por ato ilícito, bastam as provas de seus requisitos legais, que são: o prejuízo, a culpa e o nexo de causal entre a ação ou omissão e o dano (*RJTAMG* 2/197)

Assim, segundo a regra geral da Responsabilidade Civil adotada no Brasil, para que surja o dever de indenizar é necessária a junção de um ato ilícito, de culpa, em sentido amplo, de um dano e de um nexo de causalidade entre o primeiro e o último.

Todavia, em situações excepcionais adota-se a responsabilidade civil objetiva, ou seja, aquela que prescinde do elemento culpa, consoante dispõe o parágrafo único do art. 927, do Diploma Civil:

> Art. 927. [...].
>
> 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, riscos para os direitos de outrem.

Não podemos perder de vista tratar-se a questão de uma relação consumerista perfeitamente enquadrada no CDC:

> 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.

Nesta esteira, tem-se que a responsabilização da parte ré rege-se de forma objetiva, sendo que a sua responsabilidade somente será afastada se comprovar qualquer das excludentes de responsabilidade.

Não se pode perder de vista que referida excludente de responsabilidade deve ser provada.

Outrossim, não se pode olvidar que as excludentes alijam o dever de reparar o dano, afinal, se o fornecedor de produtos e serviços também contribuir de alguma forma para a ocorrência da lesão, não se poderá dizer que foi rompido o nexo de causalidade.

No caso em apreço, é fato incontroverso que em 30 de junho de 2015 ocorreu o encerramento das atividades da instituição de ensino requerida.

A fim de isentar a sua responsabilidade, defende a parte requerida que tomou todas as providências previstas na Portaria Normativa nº 18/2013, do MEC.

Impende registrar que é permitido às instituições de ensino o encerramento de suas atividades, sendo obrigação destas o cumprimento de algumas regras.

O artigo 57, do Decreto nº 9.235/2017, que "dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação das instituições de educação superior e dos cursos superiores de graduação e de pós-graduação no sistema federal de ensino", assim estabelece sobre o encerramento da oferta de cursos e descredenciamento de instituições:

> Art. 57. O encerramento da oferta de cursos ou o descredenciamento de IES, a pedido da instituição ou decorrente de procedimento sancionador, obriga a mantenedora à:
>
> I - vedação de ingresso de novos estudantes;
>
> II - entrega de registros e documentos acadêmicos aos estudantes; e
>
> III - oferta final de disciplinas e transferência de estudantes, quando for o caso.

> § 1º O encerramento da oferta de curso ou o descredenciamento voluntários, da IES ou da oferta em uma das modalidades, serão informados à Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação pela IES, na forma disposta em regulamento a ser editado pelo Ministério da Educação.
>
> § 2º O não atendimento às obrigações previstas neste artigo poderá ensejar a instauração de procedimento sancionador, nos termos deste Decreto. § 3º Nas hipóteses previstas no caput, o Ministério da Educação poderá realizar chamada pública para transferência assistida de estudantes regulares, conforme regulamento.
>
> Art. 58. Após o descredenciamento da instituição ou o encerramento da oferta de cursos, permanece com a mantenedora a responsabilidade pela guarda e gestão do acervo acadêmico.
>
> § 1º O representante legal da mantenedora responderá, nos termos da legislação civil e penal, pela guarda do acervo acadêmico da instituição, inclusive nas hipóteses de negligência ou de sua utilização fraudulenta.
>
> § 2º A responsabilidade pela guarda e gestão do acervo acadêmico pode ser transferida a outra IES devidamente credenciada, mediante termo de transferência e aceite por parte da IES receptora, na pessoa de seu representante legal, conforme regulamento a ser editado pelo Ministério da Educação.
>
> § 3º A IES receptora, na pessoa de seu representante legal, será integralmente responsável pela totalidade dos documentos e registros acadêmicos dos estudantes e cursos recebidos de outra IES.
>
> § 4º Na hipótese de comprovada impossibilidade de guarda e de gestão do acervo pelos representantes legais da mantenedora de IES descredenciada, o Ministério da Educação poderá editar ato autorizativo da transferência do acervo a IFES da mesma unidade federativa na qual funcionava a IES descredenciada, conforme regulamento a ser editado pelo Ministério da Educação.

Percebe-se, então, que é obrigação da mantenedora a vedação de ingresso de novos estudantes; a entrega de registros e documentos acadêmicos aos estudantes; e a oferta final de disciplinas e transferência de estudantes, quando for o caso.

No que tange à transferência do autor para outra instituição, vislumbra-se que foi devidamente atendida, em conformidade com os depoimentos testemunhais no sentido de que foram ofertadas opções aos alunos, sendo que o autor efetivou sua transferência para uma das faculdades, Pitágoras: "Que quando do fechamento da faculdade, a demandada apresentou três opções para transferência dos alunos, ASA, UMA Betim e Pitágoras Betim (...)" - f. 177, testemunha Karla Morais Parreira.

Por outro lado, em relação à entrega de registros e documentos acadêmicos aos estudantes a fim de facilitar a efetivação da transferência, embora os depoimentos testemunhais sejam no sentido de que foram atendidas todas as formalidades exigidas pelo MEC, considero que tais provas são documentais, competindo à instituição de ensino exigir o respectivo recibo de entrega, o que não existe nos autos.

Cabe, ainda, trazer à baila a previsão legal da Portaria Normativa nº 18/2013, do Ministério da Educação:

> Art. 1º - Fica instituída a Política de Transferência Assistida de estudantes regulares do Sistema Federal de Ensino, no âmbito dos processos de supervisão que resultem em desativação de cursos e descredenciamento de instituições de educação superior pelo Ministério da Educação, com o objetivo de assegurar:
>
> I - continuidade dos estudos para formação dos estudantes regularmente matriculados;

II - aproveitamento dos estudos realizados;

III - formação dos estudantes contemplados por programas federais de acesso ao ensino superior;

IV - condições satisfatórias de qualidade de oferta da educação superior e economicamente compatíveis aos estudantes em situação de transferência acadêmica;

V - confiança no Sistema Federal de Ensino.

Em que pese afirmar o requerido o cumprimento das obrigações acima, não há qualquer comprovação nos autos neste sentido, especialmente no que tange ao "aproveitamento dos estudos realizados", o que também se prova por meio de documentos.

Ademais, importante destacar que, conforme bem apreciado pela MM. Juíza Singular, os alunos da instituição de ensino foram comunicados pouco mais de um mês de antecedência do encerramento de suas atividades (28/5/2015), acerca das datas para a renovação da matrícula para o segundo semestre de 2015 e da data do início do semestre letivo - f. 45/46.

Logo, "de certo que, ao publicar informações acerca do calendário para o semestre letivo subsequente e sobre abertura de vagas para o ingresso de novos alunos à instituição, com efeito transmitiu a parte ré aos seus alunos em curso a certeza de que, apesar de eventuais crises, iria continuar com suas atividades de forma regular, criando expectativa legítima de cumprimento de sua oferta a qual, contudo, não foi atendida" - f. 208-v.

Flagrante, pois, a responsabilidade do requerido, que encerrou suas atividades de forma repentina e abusiva para os alunos.

Dano material.

Pretende o autor o recebimento do suposto prejuízo material sofrido, correspondente ao custo com o deslocamento até Betim, a diferença entre a mensalidade da requerida e da nova instituição, além da restituição dos valores relativos às matérias cursadas e não aproveitadas.

Conforme é cediço, o dano material é aquele que atinge o patrimônio da parte, capaz de ser mensurado financeiramente e indenizado.

Nesta seara, considerando que o dano material consiste no prejuízo financeiro que a parte realmente sofreu, tenho que o apelante faz jus tão-somente aos valores que efetivamente pagou e comprovou o pagamento.

Ademais, conforme é cediço, ao tempo do ajuizamento da demanda, encontrava-se em vigor o CPC/1973 que, ensejo em que, ao contrário do dano moral, exigia-se que a quantificação do dano material, uma vez que não se trata de prejuízo hipotético, mas concreto.

Exige, pois, além da prova concreta, bem como a fixação de seu valor.

No caso dos autos, vislumbra-se que o autor não cuidou de trazer qualquer comprovação de eventuais prejuízos.

Embora alegue que tinha o gasto mensal de R$180,00 para fins de deslocamento, não cuidou de demonstrar suas alegações e nem mesmo possível diferença entre o valor anteriormente despendido e o posterior.

O mesmo ocorre em relação à diferença entre a mensalidade da requerida e da nova instituição. Não há provas nos autos, bastando para tanto a apresentação do boleto do requerido e da nova instituição de ensino.

Quanto à restituição dos valores relativos às matérias cursadas e não aproveitadas, não é diferente. O autor apresenta apenas alegações, não cuidando sequer de citar quais foram essas matérias não aproveitadas.

Conclui-se, portanto, que como bem apreciado em primeiro grau, o dano material não foi quantificado e muito menos comprovado, motivo pelo qual deve ser mantida a improcedência.

Dano moral.

Frise-se que o ordenamento civil constitucional (art. 1º. III, da CF c/c art. 12 do Código Civil), estabelece uma cláusula geral da personalidade humana destinada a proteger os indivíduos contra ofensas ou mesmo ameaças à integralidade psicofísica.

> Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é uma radical a partir do qual se formam diversas manifestações jurídicas, dentre elas a tutela da personalidade humana, categoria jurídica através da qual se revelam as mais expressivas facetas da subjetividade do homem. Se, de uma perspectiva, o princípio da dignidade possui uma dimensão objetiva, a partir da qual se podem extrair valores éticos e princípios jurídicos que devem reger a vida em sociedade, de outra ele possui também uma dimensão subjetiva que permite que dele sejam extraídos direitos subjetivos destinados a proteger juridicamente aspectos da pessoa humana, dentre os quais se encontram os direitos da personalidade (MELLO, Cláudio Ari. *O novo Código Civil e a Constituição*. 2006. p. 91).

Importa destacar os dizeres de Maria Celina Bodin de Moraes que:

> A importância de conceituar o dano moral como lesão à dignidade, que numa de suas facetas envolve, como já referido, a personalidade humana enquanto manifestação da subjetividade nas mais diversas situações cotidianas, são as consequências daí advindas, posto que "em primeiro lugar, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue sua qualidade de pessoa será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado. Acentue-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa estar vinculado à lesão de algum 'direito subjetivo' da pessoa da vítima, ou causa algum prejuízo a ela. A simples violação de uma situação subjetiva extrapatrimonial (ou de um "interesse não patrimonial") em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora de tutela, será suficiente para garantir a reparação (*Danos à pessoa*. Saraiva, p. 188).

Deste modo, "não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficientes para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito" (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. 2007. p. 188/189).

O dano pode ser facilmente auferido no caso em tela em virtude da frustração sofrida pelo aluno de não concluir o curso na faculdade inicialmente escolhida, além de se ver na possibilidade de não conseguir conclui-lo, seja pela impossibilidade de transferir, seja pelo deslocamento, já que a nova instituição era em outra cidade.

Em relação ao valor, embora inexista orientação uniforme e objetiva na doutrina ou na jurisprudência de nossos tribunais para a fixação dos danos morais, é ponto pacífico que o Julgador deve sempre observar as

circunstâncias fáticas do caso examinado, exaltando sempre a gravidade objetiva do dano, seu efeito lesivo, a natureza e a extensão do dano, as condições sócio-econômicas da vítima e do ofensor, visando com isto que não haja enriquecimento do ofendido e que a indenização represente um desestímulo a novas agressões.

Considerando todos os elementos que compõem o dano moral e também a condição econômica das partes, bem como o caso em comento, entendo que o valor de R$7.000,00 arbitrado em primeira instância atende aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, não havendo razão para alterá-lo.

Em relação aos honorários advocatícios, pretende o autor a majoração do valor arbitrado a título de danos morais.

Acerca dos honorários advocatícios sucumbenciais, o Novo Código de Processo Civil assim estabelece:

> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
>
> § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.
>
> § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:
>
> I - o grau de zelo do profissional;
>
> II - o lugar de prestação do serviço;
>
> III - a natureza e a importância da causa;
>
> IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
>
> § 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2o e os seguintes percentuais:
>
> I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;
>
> II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;
>
> III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;
>
> IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;
>
> V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.
>
> § 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:
>
> I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;
>
> II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

> III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;
>
> IV - será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.
>
> § 5º Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3o, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.
>
> § 6º Os limites e critérios previstos nos §§ 2o e 3o aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.
>
> § 7º Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada.
>
> § 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

Extrai-se do dispositivo acima que a regra geral é no sentido de que os honorários advocatícios 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.

Por outro lado, o mesmo Diploma Processual prevê uma ressalva em que os honorários serão arbitrados em valor fixo, conforme a apreciação equitativa do juiz, qual seja "nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo" (§ 8º).

No caso dos autos, nota-se que a sentença possui cunho condenatório, cuja condenação é de R$7.000,00.

Logo, existindo cunho condenatório e não se mostrando o valor da condenação irrisório, o arbitramento dos honorários deverá incidir sobre o valor da condenação.

E, em que pese tenha a douta julgadora a quo arbitrado a verba em quantia fixa, nota-se que o valor fixado é correspondente a exatamente 10% sobre a condenação.

Neste espeque, considerando que a pretensão autoral é a majoração do valor arbitrado, hei por bem majorar a verba para 15% sobre o valor da condenação, que corresponde a R$1.050,00, por entender que tal valor atende aos critérios acima, bem como aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Por fim, sustenta o segundo apelante que não decaiu na maior parte de seus pedidos, motivo pelo qual os ônus sucumbenciais devem ser distribuídos proporcionalmente.

Nota-se, contudo, que a sucumbência já foi distribuída de forma proporcional, observando reciprocamente as perdas e ganhos de cada uma das partes, nos termos do art. 86, do CPC/2015.

Ademais, nota-se que, como o próprio apelante afirma, foram formulados pedidos de danos morais e materiais, sendo que o autor somente foi vencedor em relação aos primeiros. Ainda assim foi condenado a somente 30% dos ônus sucumbenciais.

Considero, pois, que não há que se falar em alteração da distribuição da sucumbência.

Diante do exposto, nego provimento ao primeiro recurso e dou parcial provimento ao segundo tão somente para aumentar o valor arbitrado a título de honorários advocatícios para R$1.050,00.

Custas recursais pelas apelantes, na proporção de 50% para cada.

De acordo com o art. 85, § 11, do NCPC, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais para R$1.500,00.

Suspendo a exigibilidade em relação ao autor em razão da gratuidade judiciária que o ampara.

VotAram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO (Juiz de Direito convocado) e MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS.

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

• • •

Apelação cível - Embargos de terceiro em ação monitória - Preclusão - Não ocorrência - Limites dos pedidos - Prescrição - Matéria cognoscível de ofício não apreciada anteriormente - Reconhecimento - Possibilidade

- Sendo os embargos de terceiros apresentados enquanto não prolatada sentença na ação de conhecimento ou em até cinco dias após a adjudicação, não há que se falar em intempestividade. Nos embargos de terceiro é defesa a discussão sobre a relação principal entre credor e devedor, porquanto o que se busca é apenas a defesa da posse/domínio. Todavia, sendo a prescrição matéria pronunciável de ofício pelo Julgador (art. 487, II, do CPC), não havendo decisão anterior, é possível seu reconhecimento em embargos de terceiro.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0209.14.008170-1/001 - Comarca de Curvelo - Apelante: Geraldo de Freitas Matos - Apelada: Noeme Barboza Valadares - Relator: DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de junho de 20019. - *José Augusto Lourenço dos Santos* - Relator.

Voto

DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS - Cuidam os autos de recurso de Apelação aviado por Geraldo de Freitas Matos, contra sentença proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Curvelo, f. 56/57v, que reconheceu a prescrição e julgou extinta a ação monitória ajuizada pelo apelante.

Sustentou o recorrente, nas razões de f. 60/68, em síntese, que incide na espécie coisa julgada formal, porquanto o devedor, após expedição do mandado de intimação para pagamento quedou-se inerte, não apresentando agravo de instrumento nem embargos à monitória, motivo pelo qual se operou a preclusão quanto à prescrição. Defendeu os limites dos embargos de terceiros, que somente podem se ater à validade da constrição. Ainda, pontuou que os embargos de terceiros foram opostos dois anos após a constrição do feito, portanto, são intempestivos.

Ausente o preparo, ante a justiça gratuita concedida na origem.

Contrarrazões da apelada às f. 71/73, pelo não provimento do recurso.

É, no essencial, o relatório.

Fundamento e decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Não foram arguidas preliminares. Do mesmo modo, não há vícios a sanar, motivo pelo qual passo à análise do mérito.

Como sabido, os embargos de terceiro consubstanciam-se em instrumento para a defesa de bens ou direitos indevidamente atingidos por uma constrição judicial.

Portanto, ajuizamento de tal medida pressupõe a existência de uma constrição judicial que ofenda a posse ou a propriedade de um bem de pessoa que não seja parte no processo principal.

Sobre o tema, eis o que dispõe o art. 674 do CPC/15:

> Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

Já quanto ao prazo para o ajuizamento do referido instrumento processual, assim preconiza o art. 675 do CPC/2015 (antigo art. 1.048 do CPC/1973):

> Art. 675. Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença e, no cumprimento de sentença ou no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

Ora, como visto, caso a constrição venha a ocorrer no curso do processo de conhecimento, o terceiro poderá opor embargos enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da sentença.

Agora, conforme ali também disposto, se a constrição suceder no curso do processo de execução (ou cumprimento de sentença), o momento para o ingresso dos embargos de terceiro se esgota no prazo de 05 (cinco) dias após a adjudicação, da alienação por iniciativa particular, ou da arrematação do bem.

Portanto, não há que se falar, na presente hipótese, em preclusão do direito da embargante, porquanto apresentados antes da adjudicação do bem penhorado.

Avançando, quanto à alegação de prescrição, necessário tecer algumas considerações.

Os embargos de terceiro, se prestam a proteger a posse e o domínio, sendo que tais limites restringem a cognição dos embargos.

Desta forma, não é cabível trazer matérias que dizem respeito ao mérito da ação de execução, as quais deveriam ser tratadas em Embargos do Devedor, para serem debatidas em âmbito de Embargos de Terceiro.

Nesse sentido:

> Apelação cível. Embargos de terceiro. Penhora. Nulidade título executivo. Descontituição penhora. Matéria imprópria. - Os embargos de terceiros, previstos no art.1046 do CPC, são cabíveis por aquele que, 'não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer Ihe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos'. A inexigibilidade/nulidade do título que instrui o processo de execução é matéria que não pode ser levantada em sede de embargos de terceiro. Inexistindo prova de que a penhora alcançou a meação do Embargante, deve ser mantida a constrição de parte do imóvel, mas com a ressalva de que ela

> não poderá ultrapassar a meação da parte Executada, porque há nos autos prova de que a dívida não foi contraída em benefício familiar (TJMG - Apelação Cível nº 1.0332.12.000740-3/001, Rel. Des. Manoel dos Reis Morais, 10ª Câmara Cível, j. em 14/7/2015, p. em 3/8/2015).

Desta forma, admitir que o terceiro embargante levante discussões atinentes à ação de execução da qual não é parte, seria o mesmo que permitir-lhe pleitear direito alheio em nome próprio, o que não se admite.

Todavia, o caso dos autos encerra peculiaridade, porquanto em se tratando de prescrição, ou seja, matéria de ordem pública que pode ser declarada a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, inclusive de ofício, a teor do disposto no art. 487, do CPC:

> Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:
>
> [...]
>
> II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

Assim sendo, ainda que não tenham sido apresentados embargos à monitória pelo devedor, portanto, ausente decisão judicial anterior sobre a prescrição, não há que se falar em preclusão como pretende o apelante, por se tratar de matéria cognoscível de ofício e a qualquer tempo, ficando afastada a tese de coisa julgada.

Por fim, como o apelante não se insurgiu sobre os marcos prescricionais lançados na sentença, deve esta ser mantida em sua inteireza.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas pelo apelante, observada a gratuidade.

Honorários recursais devidos pelo apelante ao patrono da apelada à razão de R$800,00 (oitocentos reais) (art. 85, § 11º, do CPC), suspensa a exigibilidade.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JULIANA CAMPOS HORTA e OCTÁVIO DE ALMEIDA NEVES (Juiz de Direito convocado).

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível. ação indenizatória. nulidade da sentença. condenação superior à requerida na inicial. decote. acidente de trânsito. responsabilidade civil objetiva da concessionária de serviço público. obras na via. obstrução não sinalizada. imperícia da empresa. excesso de velocidade. ausência de prova. constatação de teor alcóolico no sangue da vítima. circunstância não relevante para a ocorrência do evento. excludente de responsabilidade afastada. vítima falecida. família de baixa renda. presunção de dependência econômica. pensão mensal. indenização por danos morais. *quantum*. proporção ao dano. seguro obrigatório DPVAT. indenização prestada em razão de ação penal. abatimento na reparação. independência da prova de recebimento. sucumbência. valor reparatório por lesão extrapatrimonial parcialmente acolhido. irrelevância

- Deve ser reconhecido o vício de nulidade parcial da sentença, por julgamento *ultra petita*, na hipótese em que o juiz condena a parte requerida à reparação material superior à pretendida pelo autor, impondo-se o decote da parte excessiva.

- A responsabilidade das empresas prestadoras de serviços públicos é objetiva, prescindindo da prova da culpa pelo evento ocorrido, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal.

- A obrigação de sinalizar obra ou evento que possa perturbar ou interromper a livre circulação de veículos e pedestres, ou colocar em risco sua segurança, é do responsável pela execução ou manutenção da intervenção.

- Verificado que a concessionária responsável pela pavimentação da via palco do acidente de trânsito, que vitimou o filho da autora, além de não sinalizar as obras inacabadas, deixou sobre a via obstáculos que, somados à baixa iluminação incidente no momento dos fatos, retiraram qualquer chance de o motociclista desviar das barreiras, vindo a perder o controle direcional, é inequívoca sua responsabilidade de indenizar os danos decorrentes desse evento.

- A afirmação de excesso de velocidade atrai o ônus de prova desta condição ao alegante, nos termos do art. 373 do CPC, não se presumindo esta circunstância pela mera averiguação de danos dos veículos.

- Apesar da infração administrativa, quando a intoxicação alcoólica revelar-se irrelevante, na ocorrência de acidente de trânsito, por ausência de nexo causal entre seus efeitos e a causa do sinistro, não há que se considerá-la para o afastamento da responsabilidade por culpa exclusiva da vítima.

- Conforme entendimento do STJ, nas famílias de baixa renda, é presumida a interdependência econômica de seus integrantes, de modo a ser cabível a fixação de pensão alimentícia vitalícia em favor da genitora de filho falecido em acidente automobilístico, provocado pelo réu.

- O pagamento da pensão de uma só vez não tem cabimento, considerando-se o escopo assistencial das parcelas mensais, de modo que sua prestação periódica é mais razoável.

- Poucas situações transtornam de modo tão profundo e duradouro a integridade psíquica do ser humano quanto a morte repentina do filho, em decorrência de acidente causado por culpa exclusiva de terceiro.

- A indenização mede-se fundamentalmente pela extensão do dano, devendo ser observada na fixação do patamar reparatório a gravidade dos fatos.

- O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada (Súmula nº 246, STJ), ainda que exclusivamente referente a lesões imateriais, o que se efetuará, independentemente de restar comprovado que a vítima tenha recebido o Seguro DPVAT. (EDcl no AgRg no AREsp nº 127.317/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão C/C, REsp nº 1365540/DF, Relª. Min.ª Nancy Andrighi).

- O valor indenizatório pago à vítima, em ação penal, será deduzido do montante da condenação em ação de reparação civil, quando coincidentes os beneficiários.

- "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca" - Súmula nº 326, do STJ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0040.13.009009-1/003 - Comarca de Araxá - Apelante: Vecol Terraplanagens Pavimentações Ltda. - Apelada: Cleunice Maria Barbosa - Relator: DES. VASCONCELOS LINS

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em ACOLHER A PRELIMINAR DE NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO.

Belo Horizonte, 27 de junho 2019 - *Vasconcelos Lins* - Relator.

Voto

DES. VASCONCELOS LINS - Trata-se de recurso de apelação cível, interposto por Vecol Terraplanagens Pavimentações Ltda., por meio do qual busca a reforma da sentença de f. 603/609, complementada pela decisão de f. 630/631, proferida no âmbito da ação indenizatória ajuizada por Cleunice Maria Barbosa, que julgou procedente o pedido inicial, condenando a requerida ao pagamento à autora da indenização por danos morais, no valor de R$120.000,00 (cento e vinte mil), corrigida monetariamente, a partir da data da prolação da sentença, e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde o evento danoso, além de uma indenização, em parcela única, correspondente a uma pensão no importe mensal de 2/3 (dois terços) do salário mínimo vigente, a contar da data do óbito da vítima, até o momento que ela completasse 25 (vinte e cinco) anos, devido, após esse marco, 1/3 (um terço) do salário mínimo mensal, até a data em que ela completaria 70 (setenta) anos, corrigidas as parcelas vencidas e acrescidas de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, ambos a partir da citação. Por conseguinte, incumbiu à ré a quitação das custas e despesas processuais, inclusive os honorários periciais, bem como dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

A apelante, em suas razões recursais de f. 634/687, suscita, primeiramente, a nulidade da sentença, ao fundamento de que o Juízo considerou, em seu veredito, laudo pericial inválido, apresentado por perito substituído no curso da instrução processual, além de ter deferido indenização material maior do que a postulada. No mérito, defende a ausência de conduta ilícita por si perpetrada, uma vez que adotou todas as medidas de segurança exigíveis no desenvolvimento do serviço de pavimentação da via em que o filho da autora acidentou-se fatalmente. Menciona que, na data dos fatos, a obra já se encontrava concluída, razão pela qual a sinalização foi retirada, de modo que os blocos e pedras ali existentes não lhe pertenciam. Pondera que, mesmo que reconhecido que a obra estava inacabada, não lhe era imputado o dever de vigilância integral, a fim de impedir que terceiro interviesse no local e colocasse os obstáculos. Destaca as seguintes considerações, trazidas no segundo estudo técnico produzido nos autos: (i) é certo que não existia quebra-molas no local na data do acidente, limitador de velocidade, (ii) há falha de sinalização da via, fato imputável ao poder público, (iii) em momento algum, atestou-se que os materiais que obstruíram a via foram ali colocados pela requerida, notadamente considerando que nunca usou aquele tipo de barreira para sinalizar as obras, (iv) apesar de o *expert* não ter respondido o quesito relativo à velocidade empregada pelo veículo acidentado, é possível presumir seu excesso, porque, se trafegasse nos limites permitidos na via, haveria tempo hábil para o desvio dos obstáculos, como fizeram os demais motoristas que circularam no local, ressaltado que sequer havia marcas de frenagem na pista, (v) a percepção de que o capacete foi encontrado perto da vítima não procede, porquanto incompatível com os demais elementos de prova produzidos nos autos, como o boletim de ocorrência, (vi) restou claro que a vítima ingeriu bebida alcóolica antes do acidente, conforme certificado pela autoridade policial, de modo que assumiu os riscos pelos efeitos no controle do veículo, circunstância essa a real causa do desastre.

Acerca dos relatos das testemunhas, argumenta que não bastam para contraporem aos demais elementos disponíveis, principalmente porque não são robustos. Diz que a suposta testemunha ocular, ouvida em juízo, que provavelmente era amigo da vítima, não se apresentou à autoridade policial, que afirmou no relato oficial que ninguém presenciou o acidente, contradizendo-se também na assertiva de que viu a colisão do filho da autora com as pedras de posição inviável. Reafirma que a obra estava acabada, o que se comprova pela fotografia de f. 515. Opõe-se à narrativa de Jean Michel Ferreira Sole de que as pedras eram colocadas habitualmente na via pelos prepostos da requerida, para impedir o acesso à obra inacabada, sob o fundamento de que, por ser empresa experiente e conceituada, nunca agiria dessa forma, além de nenhum outro elemento dos autos assim indicar, notando-se, ademais, que a referida testemunha apresentou declarações incompatíveis entre si. Aduz que a autora substituiu as testemunhas arroladas a destempo e sob o arrepio procedimental. Acerca dos danos materiais, alega que a autora não era dependente da vítima e possui condições de se sustentar, até mesmo porque já é beneficiária de pensão por morte e possui mais três filhos. Sustenta que, em famílias de baixa renda, os filhos auxiliam os pais somente até constituírem um novo núcleo, quando deixam de prestar a assistência. Subsidiariamente, pretende a redução do montante mensal fixado, a reforma da determinação de que a pensão deve ser paga em parcela única, o que contraria o teor da Súmula nº 313 do STJ, e a dedução da indenização oriunda do seguro obrigatório. Quanto aos danos morais, requer sua redução e o abatimento do montante reparatório recebido, a esse título, em ação penal. Advoga a necessidade do redimensionamento da sucumbência, haja vista a autora ter decaído parcialmente de sua pretensão indenizatória, além do excesso do montante arbitrado a título de honorários de sucumbência. Por fim, pugna pelo decote da multa, incidente em razão da oposição dos embargos declaratórios, que não são protelatórios.

Em contrarrazões (f. 696/734), a apelada rebate os argumentos recursais, requerendo o desprovimento do apelo.

É o relatório.

O recurso satisfaz os requisitos intrínsecos de admissibilidade recursal, quais sejam, o cabimento, a legitimidade, o interesse e a inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer, bem como atende às condições extrínsecas, vale dizer, a tempestividade, a regularidade formal e o preparo, razão pela qual dele conheço.

Preliminares.

A apelante aduz a nulidade da sentença, em decorrência da consideração, em sua fundamentação, de perícia nula. Não merece acolhimento a prefacial, contudo.

De fato, foi determinada a realização de novo estudo técnico nos autos, diante das afirmações de parcialidade (f. 481), sem que, todavia, fosse decretada a nulidade do primeiro estudo. A mencionada decisão considerou prudente a realização de nova perícia, a fim de que as conclusões da anterior fossem confirmadas, o que, de fato, ocorreu.

O magistrado, em seu veredito, mencionou o primeiro laudo apenas nos pontos coincidentes com os do segundo, ou seja, independentemente da existência de vício no principal, suas conclusões, em si, não contrariam a prova dos autos.

Desse modo, o juízo não incorreu em erro, apenas apreciando as provas conforme entendeu pertinentes, liberdade que lhe é inerente (art. 371 do CPC).

Quanto ao afirmado vício de sentença *ultra petita*, deve ser apreciado sob a luz do art. 141, do CPC, segundo o qual "o Juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte".

De fato, a condenação deslocou-se dos pedidos iniciais, conferindo à autora mais do que requereu, já que, na peça vestibular, foi requerida a concessão de pensão por morte, no montante de metade do salário recebido pela vítima, até que ela completasse 70 (setenta) anos, ao passo que, na sentença, foi deferido, até os 25 (vinte e cinco) anos de idade da vítima, 2/3 (dois terços) do salário mínimo, e, após, 1/3 (um terço) do salário mínimo, até que ela completasse 70 (setenta) anos.

Assim, a solução ultrapassou a pretensão inicial, no primeiro período da condenação, devendo ser reduzida, portanto, para metade do salário mínimo.

Pelo exposto, acolho a preliminar de nulidade da sentença por julgamento *ultra petita*, pelo que decoto o excesso da condenação, nos moldes acima expostos.

Mérito.

Extrai-se da inicial que, no dia 16/4/2010, à 1h40min, o filho da autora trafegava em sua motocicleta pela Avenida Washington Barcelos, em frente ao nº 388, quando se chocou com obstáculos postos na via, causando sua queda do veículo e, lamentavelmente, o óbito por traumatismo craniano.

No Boletim de Ocorrência de f. 36, constou o seguinte relato:

> Durante o patrulhamento pelo bairro Santa Rita, na Avenida Washington Barcelos frente ao numeral 388, deparamos com uma aglomeração de pessoas e ao pararmos constatamos um acidente de trânsito. No local havia um homem caído ao solo junto ao meio fio, sangrando muito na cabeça e desacordado, logo a frente sua motocicleta sendo um Honda CG TITAN cor prata e placa XXX-XXXX/Araxá-MG. [...] Segundo o perito, no local do fato não havia indício de outro veículo envolvido no acidente. [...] Somente a perícia poderá precisar o motivo da queda ou se foi outro tipo de acidente, tendo em vista que ninguém presenciou.

Já o laudo nº 392-10 (f. 52/56), produzido na ocasião, descreve que o veículo da vítima trafegava pela avenida em questão:

> quando, nas proximidades do nº 388, seu condutor perdeu o controle direcional, vindo o veículo a adentrar sobre a calçada direita da via, provocando a queda do condutor com posterior imobilização do veículo sobre a calçada.

Das condições do local afirmou-se que:

> a pista no momento do acidente, que ocorreu no período noturno, [...] se encontrava seca, com pavimentação em bom estado de conservação, [...] iluminação artificial de intensidade moderada e condições meteorológicas [...] normais, no horário do exame pericial.

Destacou-se, entretanto, que

> Adotando como referência para a via o sentido crescente de sua numeração, foi observado que à direita da mesma, nas proximidades da região onde ocorreu o fato, havia algumas ruas laterais as quais se encontravam em processo de pavimentação. Nessas vias laterais não havia sinalização identificando a manutenção das mesmas, Para impedir que veículos provenientes da Avenida [...] adentrassem as ruas em obras, eram utilizadas pedras e pré-moldados de concreto, que se encontravam posicionados nas margens da avenida [...] , sendo que alguns obstáculos adentravam no leito da avenida por cerca de 0,7m.

Diante dessa circunstância, concluiu-se:

> os signatários do presente laudo são acordes em afirmar que os obstáculos (pedras), observados nas junções das vias laterais com a Avenida Washington Barcelos, constituíram-se em sinalização irregular e inapropriada para as obras realizadas nas vias públicas, pondo em risco a segurança de veículos e pedestres que transitavam no local. Todavia, os Peritos não possuem elementos técnicos para afirmarem que tais objetos, utilizados como sinalização, foram causas determinantes para o acidente. Porém, os vestígios observados no local, levam os signatários a inferir que os objetos postos na via ao menos contribuíram para a perda de controle direcional por parte do condutor [...]

Daí a pretensão reparatória dirigida pela autora em face da ré, que é a responsável pelas obras realizadas naquele local, na condição de cessionária do serviço público de manutenção das vias.

Certamente, a responsabilidade das empresas prestadoras de serviços públicos, como é o caso da apelante, é objetiva, prescindindo da prova da culpa pelo evento ocorrido, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal, *in verbis*:

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

A respeito da responsabilidade das concessionárias de serviço público, ensina José dos Santos Carvalho Filho:

> No que toca ao ilícito civil, a atividade do concessionário rege-se pela responsabilidade objetiva, como averba o art.37, § 6º, da CF. Consoante esse dispositivo, não só as pessoas jurídicas de direito público, como as pessoas de direito privado prestadoras de serviço público sujeitam-se ao princípio da responsabilidade objetiva, que se caracteriza, como sabido, pela desnecessidade de investigação sobre o elemento culposo na ação ou omissão. Como os concessionários são prestadores de serviço público (art. 175, CF), estão eles enquadrados naquela regra constitucional. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.360).

Investiga-se, pois, à luz da teoria do risco administrativo, a responsabilização da requerida pelo evento em questão, através da verificação entre o nexo causal, sua atuação e o dano, cabendo a si demonstrar a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização.

Em outras palavras, indaga-se se a causa do acidente de fato foi a obstrução da via pela requerida.

Que a ré realizou obras nas proximidades do palco do sinistro em questão é fato incontroverso, já que, conforme ela mesma relata, foi contratada para pavimentar as vias perpendiculares à Avenida Washington Barcelos (f. 68/72).

Contudo, assegura que, na data dos fatos, as obras já se encontravam concluídas, razão pela qual toda sinalização fora retirada.

A assertiva não procede, contudo, haja vista contrariar a prova dos autos e até mesmo as declarações de seus próprios funcionários.

Neste sentido, o perito atuante no feito foi categórico ao afirmar que:

> A obra não havia sido entregue, segundo documento 'Recebimento Provisório' assinado em 22 de outubro de 2010 - f. 510. Também que segundo foto (p. 12 desse laudo), parte do meio-fio e sarjeta ainda estavam por serem feitos e não havia qualquer tipo de sinalização. A obra não estava liberada pela requerida (vide termo parcial de entrega da obra que só foi assinado em 22/10/2010, mais de seis meses após o acidente, documento obtido no setor de Licitação da Prefeitura Municipal de Araxá) - *sic* - f. 571.

As fotografias de f. 128/133 mostram funcionários da requerida trabalhando no local, na manhã seguinte ao acidente, fazendo uso de tratores, pás e terra, o que não faria nenhum sentido em uma obra acabada, ou mesmo para simples limpeza dos resquícios do acidente da noite anterior - como alega a requerida -, já que a queda da vítima não ocasionou estragos estruturais na via, conforme se vê das fotografias contemporâneas ao fato retratadas no laudo policial - f. 58/64.

Da fotografia de f. 132, inclusive, é possível vislumbrar-se, "a olho nu", que a obra da rua lateral à avenida não se encontrava finalizada naquela época, diante da aparência irregular do asfalto e da existência de fragmentos de concreto que podem ser melhor observados na fotografia de f. 131, documentos compatíveis com o registro policial de f. 58/64.

O *expert* judicial corrobora essa percepção:

> se a limpeza referida diz respeito àquela feita no dia seguinte ao acidente, a via ainda não estava apta a ser utilizada porque não estava concluída a obra, faltando a sinalização horizontal e vertical, além da conclusão da sarjeta [...] - f. 571.

Antônio Eurípedes de Ávila, técnico de segurança do trabalho da requerida, em depoimento no inquérito criminal (f. 85), admitiu que, horas antes do acidente, houve intervenção na via transversal pelos funcionários da ré, ao dizer "que a obra acabou naquele dia, à tarde e, como de rotina, o depoente passou no local para vistoria [...]" - f. 85.

Apesar de garantir que as obras finalizaram naquele dia, não merece credibilidade sua versão, seja por possuir interesse na demanda (relação de subordinação), seja por seu relato contrariar vários outros elementos, já citados, além das declarações de Baltazar dos Reis Souza (f. 582), encarregado da obra, que disse que "além das sarjetas, dos meios-fios faltava ainda o asfalto, a obra estava em imprimação, um banho que se dá antes de colocar o asfalto, como se vê na fotografia de f. 515" - *sic*.

É de se observar, neste ponto, que os depoimentos dos funcionários da requerida não possuem força probatória a favor dela, diante da parcialidade inerente (art. 447, § 3º, II, do CPC), carregando, por outro lado, força de confissão, nas vezes em que respaldarem as narrativas da parte contrária, uma vez que, nesta hipótese, não esbarram na suspeita de serem tendenciosos por subordinação.

Concluindo, então, que a obra dirigida pela requerida ainda estava em andamento, vislumbra-se seu dever de sinalização adequada do local, nos termos do art. 94 do CTB:

> Art. 94. Qualquer obstáculo à livre circulação e à segurança de veículos e pedestres, tanto na via quanto na calçada, caso não possa ser retirado, deve ser devida e imediatamente sinalizado.
>
> Art. 95. Nenhuma obra ou evento que possa perturbar ou interromper a livre circulação de veículos e pedestres, ou colocar em risco sua segurança, será iniciada sem permissão prévia do órgão ou entidade de trânsito com circunscrição sobre a via.
>
> § 1º A obrigação de sinalizar é do responsável pela execução ou manutenção da obra ou do evento.
>
> [...]
>
> Art. 246. Deixar de sinalizar qualquer obstáculo à livre circulação, à segurança de veículo e pedestres, tanto no leito da via terrestre como na calçada, ou obstaculizar a via indevidamente:
>
> Infração - gravíssima.
>
> Penalidade - multa, agravada em até cinco vezes, a critério da autoridade de trânsito, conforme o risco à segurança.
>
> Parágrafo único. A penalidade será aplicada à pessoa física ou jurídica responsável pela obstrução, devendo a autoridade com circunscrição sobre a via providenciar a sinalização de emergência, às expensas do responsável, ou, se possível, promover a desobstrução.

Não foi o que ocorreu no caso, em que é cristalina a inexistência de qualquer aviso no local, conforme se vê das fotografias presentes nos autos (f. 58/64).

E nem se diga que os avisos eram postos durante o expediente e retirados à noite, uma vez que essa conduta não possui qualquer lógica, considerando que, por mais que o maquinário saia da via, é inevitável que haja

irregularidades no local até a completa conclusão do trabalho, sendo forçosa a permanência dos avisos, especialmente no período noturno, em que a visibilidade é comprometida.

Em sintonia com o senso comum, a própria legislação de trânsito estabelece:

> Art. 88. Nenhuma via pavimentada poderá ser entregue após sua construção, ou reaberta ao trânsito após a realização de obras ou de manutenção, enquanto não estiver devidamente sinalizada, vertical e horizontalmente, de forma a garantir as condições adequadas de segurança na circulação.
>
> Parágrafo único. Nas vias ou trechos de vias em obras deverá ser afixada sinalização específica e adequada.

Na hipótese tratada, inclusive, a sinalização fez-se indispensável, já que notoriamente permaneceram, na avenida, resquícios de obras (pedras e recortes de concreto - *vide Croqui* de f. 57), ali deixados como produtos do processo de capeamento da via ou mesmo como forma de controle de acesso da rua lateral. Seja qual for a hipótese, fato é que os obstáculos eram consequência da atividade da requerida, o que se nota da semelhança entre os materiais do assoalho colocado e as partes desprendidas, fato que pode ser bem observado da fotografia de f. 131.

Essa percepção foi confirmada pelo perito que atuou na esfera policial, pelo *expert* que laborou no feito e pelas testemunhas que depuseram:

> Nas obras realizadas nas vias laterais [...], para impedir o fluxo de veículos provenientes da Avenida Washington Barcelos, era utilizados pré-moldados de concreto e pedras com formatos e tamanhos irregulares, conforme ilustram os anexos fotográficos [...] - Laudo Policial - f. 54.
>
> Qualquer obstáculo na via poderia ser o causador do acidente. Pelas fotografias da perícia oficial, os únicos obstáculos existentes no local eram os blocos de concreto usados para fazer os meios-fios e entulho de pavimentação asfáltica - Perícia Judicial de f. 513.
>
> O depoente viu a vítima bater nas pedras, estas pedras resto de asfalto, resto de passeio. [...] O depoente trabalha com mineração, e pode dizer que as pedras de f. 515 são sobras de meio-fio - *sic* - Washington Luiz dos Santos - f. 578.
>
> Tinha pedras na Av. Washington Barcelos na noite do acidente dos dois lados, nas duas ruas paralelas à avenida. [...] Parece que as pedras tinham sido colocadas para impedir o acesso às ruas paralelas. Não sabe dizer de a Vecol usa entulho nas obras, mas o que parecia no local era entulho - *sic* - Alexandra Iria de Paiva Marcelino - f. 579.
>
> O depoente pode dizer que a empresa que realizava obras no local do acidente era a Vecol e ela não utilizava de equipamentos de sinalização, colocavam pedras na Avenida Washington Barcelos em frente às ruas paralelas para que não virassem nelas porque estava em obra ainda. As pedras ficavam na avenida, não ficavam nem na ria em que estava a fazer a obra. Isto todo dia, depois que terminava o serviço - *sic* - Jean Michel Ferreira Sole - f. 580. Jean, inclusive, afirma que "chegou a ver funcionário da Vecol colocar as pedras na avenida".

E não se queira impugnar a oitiva das testemunhas por intempestividade do arrolamento, porquanto a requerida nada opôs na época da realização da audiência de instrução e julgamento, encontrando-se preclusa, então, a oportunidade de fazê-lo.

Também não merece acolhimento a tentativa de impor mácula aos testemunhos, em razão de contradições, porque possuem coerência interna e externa. Veja-se que o fato de a testemunha não saber precisar exatamente o dia da semana em que ocorreram os fatos não importa incongruência, mas, na via oposta, retrata o que comumente ocorre quando um homem médio tenta acessar memórias de três anos passados. De mais a mais, as testemunhas pontuaram que era dia de exposição, individualizando a ocasião satisfatoriamente. A testemunha Jean, por sua vez, não deslizou ao se pronunciar sobre a continuidade das obras após o acidente, considerando que, em seguida, declarou dúvida apenas acerca do local em que elas ocorreram, não sabendo se na avenida ou nas ruas laterais. Em resumo, contextualizando-se as declarações colhidas, não pairam dúvidas a seu respeito.

As partidárias afirmações dos funcionários da requerida de que não usavam pedras para o bloqueio de via e de que naquele dia a pista foi deixada sem qualquer obstáculo não são suficientes para contrariar os demais indícios citados, que asseguram justamente o oposto. Tampouco existe nos autos qualquer indicativo de que terceira pessoa obstruiu a via, conforme cogitado pela requerida. O conjecturado desvio da rota natural por populares para evitar corridas noturnas de veículos não encontra qualquer respaldo probante, da mesma forma que as ditas obras supostamente realizadas na casa de esquina do local em que ocorreu o acidente não leva à conclusão de que os obstáculos ali tenham origem, diante da já constatada similitude dos materiais com aqueles utilizados no recapeamento da via (paralelepípedos e partes do asfalto).

Diante de todo esse contexto, tudo indica que o acidente teve causa direta na obstrução não sinalizada da via pela requerida, o que, somado à baixa iluminação incidente no momento do acidente, retirou qualquer chance de o motociclista desviar das barreiras, vindo a perder o controle direcional.

Passando-se à análise da culpa exclusiva da vítima, reputo inadequado presumir que o condutor tenha falhado na condução do veículo, já que não havia marcas de derrapagem na pista, segundo atesta o laudo policial - f. 54, de modo que a queda provavelmente foi causada pela interceptação do caminho linear tomado.

Não foram encontradas marcas de freios porque, como narrado, o motociclista foi surpreendido pelos objetos inadvertidamente depositados na via. Tivesse avistado os obstáculos, certamente teria tentado desviar a rota ou paralisar o deslocamento, mas, diante da camuflagem dos objetos, sequer teve chance. É o que se pondera da observação da descrição, no croqui de f. 57, de cinco pedras ao longo da borda direita da via, dispostas de maneira irregular, de coloração muito semelhante ao asfalto que, diga-se, ainda estava em fase de instalação, pelo que possuía tom muito escuro, o que dificulta, ainda mais, a sua visualização.

A simples observação das fotos de f. 58, 59 e 64 permite extrair a dificuldade de qualquer motorista de transitar por aquele local. As fotografias de f. 131 e 132 revelam, à luz do dia, o perigo ali existente.

A testemunha Washington Luiz dos Santos, que presenciou o acidente, declara que "se fosse eu que estivesse na frente, eu é que teria morrido", porquanto "não havia nenhuma sinalização de obras no local, avisando a condição de obras no local" - f. 50.

Suas declarações foram confirmadas em juízo - f. 578 -, oportunidade na qual não declarou amizade com a vítima, mas somente coleguismo profissional, não sendo contraditado pela ré. A respeito do fato de nada ter declarado aos policiais, no momento da lavratura do boletim de ocorrência, não desacredita seu depoimento porque pode ter se retirado do local para avisar os familiares ou mesmo seguido com suas atividades laborais daquela noite (mototáxi). O próprio procurador da requerida não questionou a testemunha quanto

a essa informação, sendo incabível, agora, valer-se de sua omissão. De toda forma, a testemunha Alexandra Iria de Paiva Marcelino disse que "no local do acidente tinha um rapaz bem abalado dizendo que tinha com a vítima tomado um lanche com Coca-Cola" - f. 579, em sintonia com as narrativas de Washington.

A alegação de inadequação da velocidade empregada pela motocicleta não encontra quaisquer indícios que lhe respalde, em que pese ao aduzido pela apelante, que não se desincumbiu do ônus que atraiu para si com esta afirmação, nos exatos termos do art. 373, II, do CPC.

O contexto processual não permite concluir pelo desrespeito pela vítima dos limites de circulação da via, o que não se presume da gravidade do acidente, já que, ainda que adotada velocidade compatível, o motociclista, naturalmente exposto, que tem sua rota repentinamente obstruída, está sujeito à queda e, com ela, exposto a risco de morte, diante da fragilidade do corpo humano. Nenhum especialista atestou que os danos ocorridos só poderiam ter sido causados se o deslocamento ocorresse em velocidade acima da permitida, não podendo o juízo, , sem a proficiência técnica, assim concluir por mera observação das fotografias.

Quanto à embriaguez, não se ignora que "qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165" - art. 276 do CTB. Ademais, o Código prevê:

> Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008) Infração - gravíssima; (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)
>
> Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)
>
> Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)
>
> Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)
>
> Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
>
> § 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)
>
> I - Concentração igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)
>
> II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)
>
> § 2º A verificação do disposto neste art. poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014) (Vigência)
>
> § 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste art.. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014) (Vigência)

Apesar da infração administrativa, quando a intoxicação alcoólica revelar-se irrelevante na ocorrência de acidente de trânsito, por ausência de nexo causal entre seus efeitos e a causa do sinistro, não há que se considerá-la para a exclusão da responsabilidade por culpa exclusiva da vítima.

Essa hipótese é inegavelmente rara, já que a embriaguez normalmente reduz a capacidade de atenção e os reflexos essenciais para a condução de um veículo. Neste sentido, veja a tabela de gradação dos efeitos do etanol expedida pela Secretaria Municipal de São Paulo (f. 644), que retrata que, com o consumo de um a dois copos de cerveja (0,1 a 0,5 g/l) "as funções mentais começam a ficar comprometidas, a percepção de distância e velocidade são prejudicadas, o grau de vigilância diminui, assim como o campo visual e o controle cerebral relaxa, dando a sensação de satisfação".

Em conjectura diferente, mas utilizando a mesma tese da ora tratada, já se pronunciou o STJ:

> 1. A jurisprudência desta eg. Corte firmou-se no sentido de que a constatação do estado de embriaguez do condutor do veículo, mesmo nos casos em que a dosagem etílica no sangue se revela superior à permitida em lei, não é causa apta, por si só, a eximir a seguradora de pagar a indenização pactuada. Ao revés, para que tenha sua responsabilidade excluída, tem a seguradora o ônus de provar que a embriaguez foi a causa determinante para a ocorrência do sinistro.
>
> 2. Na hipótese, o eg. Tribunal *a quo*, soberano no exame das circunstâncias fáticas da causa, reconheceu que a embriaguez do segurado foi a causa determinante do acidente. Portanto, mostra-se imprescindível o revolvimento do material fático-probatório dos autos, a atrair a incidência da Súmula 7 desta eg. Corte.
>
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg no AREsp nº 404.617/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, j. em 22/4/2014, *DJe* de 19/5/2014)

Em concreto, foi juntado aos autos um "resultado de dosagem de álcool etílico nº 91610/10", decorrente de coleta de amostra de sangue da vítima pelo IML, que resultou na constatação de 03,91dg/l, ou seja, 0,391 g/l - f. 46.

Apesar de a autora ter impugnado essa prova, nos autos da ação penal, não indicou nada que a abale, porquanto devidamente identificada a pessoa periciada e produzida por autoridade policial, de maneira imparcial, portanto.

A quantidade da substância entorpecente encontrada no sangue da vítima certamente é suficiente para resultar em perda da completa atenção necessária à direção, sem, todavia, retardar os reflexos do condutor, dificultar a adaptação da visão a diferenças de luminosidade, dificultar o controle do automóvel, incapacitar a concentração e a coordenação muscular, causal dupla visão, embriaguez ou outras consequências, conforme descrição da mencionada tabela trazida pela própria apelante - f. 644.

Além disso, conforme já mencionado, independentemente da pequena perda cognitiva que o consumo alcoólico possa ter causado, o acidente era inevitável, já que os obstáculos camuflados, em via recapeada, no período noturno, sem a sinalização, não seriam percebidos nem mesmo por motorista totalmente sóbrio, de modo que a vítima sequer teve a oportunidade de reagir ao impacto, retirando, então, qualquer circunstância pessoal que poderia contribuir para o desdobramento dos fatos. Em outras palavras, se a circulação na via impunha aos motoristas que nela transitavam circunstância que lhes retirava qualquer possibilidade de evitar a colisão, a atuação dos condutores é irrelevante para o resultado.

Por fim, está claro que a vítima usava capacete no momento da queda, conforme constatado pela perícia extrajudicial:

> o condutor, segundo informações prestadas pelos policiais que compareceram no local, encontrava-se posicionado perpendicularmente à via com a maior porção de seu corpo sobre a calçada direita da avenida e a cabeça sobre o leito da pista de rolamento. Foram observados, nessa região, sobre o leito da via, empoçamento de sangue e um capacete apresentando danificações em sua região anterior.

Também foi dito que o capacete distanciava aproximadamente 7,2m da motocicleta e 28,02m da rua lateral, distância similar àquela em que a vítima caiu. Neste sentido, vide a fotografia de f. 51.

Diante da fragilidade do acervo, portanto, é o caso de afastar as circunstâncias excludentes da responsabilidade alegadas, prevalecendo a culpa da requerida, com exclusividade, pela morte do filho da autora.

Inconteste a responsabilidade da ré, resta averiguar o dano, a fim de definir a extensão do dever de indenizar os prejuízos suportados pela autora.

Sobre o tema da possibilidade de condenação do autor de ato ilícito ao pagamento de pensão vitalícia, em favor dos credores de alimentos de vítima falecida, o Código Civil determina que:

> Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:
>
> [...]
>
> II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Nessas hipóteses, com efeito, tem-se como regra geral a necessidade de que o demandante subsidie o provimento judicial, com provas não só de sua dependência econômica do *de cujus*, mas também da renda por ele auferida e da proporção com que contribua para o sustento daqueles com quem vivia.

No entanto, sensível à realidade fática, a jurisprudência do c. STJ delineou diversos entendimentos que buscam mitigar a mecânica probatória acima exposta. Criaram-se, portanto, exceções, em que deve o juízo operar com a presunção *iuris tantum* de dependência econômica entre o autor da ação e a pessoa falecida. Aplicáveis às peculiaridades do caso concreto, podem-se citar o seguinte:

> 2. Nas famílias de baixa renda, há presunção relativa de dependência econômica entre os seus integrantes. Precedentes. 3. Nas famílias de baixa renda há presunção relativa de assistência vitalícia dos filhos frente aos seus genitores, mas essa relação de dependência diminui depois que o filho completa 25 (vinte e cinco) anos de idade ou constitui sua própria família. Precedentes. [...] (STJ, REsp nº 1252961/SP, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 6/12/2011, *DJe* de 15/12/2011).

> 1. A dependência econômico-financeira da genitora em relação ao filho falecido é presumida, mormente em se tratando de família de limitados recursos. Logo, há que ser afastada a incidência da Súmula nº 7/STJ quanto a esse particular. Precedentes: Resp nº 178.380/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, DJ 24 de maio de 1999; e REsp nº 486.030/ES, Rel.ª Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ 28 de abril de 2003. 2. A pensão deve ser fixada no valor equivalente a 2/3 (dois terços) do salário mínimo. Todavia, esse valor deve ser reduzido à metade quando atingida a data em que o *de cujus* completaria 25 (vinte e cinco) anos, idade em que, provavelmente, iria se casar e não teria a mesma disponibilidade monetária para ajudar a sua mãe, já que teria de fazer frente a outras despesas, bem como deve ser cessado o pagamento da referida pensão na data em que ele completaria 65 (sessenta e cinco) anos, média de idade que viveria se

> não fosse o trágico evento que ceifou a sua vida. [...] (STJ, AgRg no AgRg no REsp nº 1112849/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, j. em 9/2/2010, *DJe* de 18/2/2010).

Dessume-se dos autos que a genitora do *de cujus*, além de ter sua hipossuficiência econômica reconhecida pela instância primeva (f. 135), ganha seu sustento como manicure, conforme relata em seu depoimento - f. 583. Também disse, nessa oportunidade, que "a renda da família vinha do trabalho da depoente e Wenderson a ajudava".

Na inicial consta que o finado filho da autora, que era jovem e em plena capacidade laborativa, recebia mensalmente um salário mínimo, destinando metade desses rendimentos ao lar.

Portanto, é claro que, na época dos fatos, havia a interdependência econômica entre a autora e a vítima, em confirmação da presunção estabelecida pelo Tribunal.

Incumbia à ré demonstrar a autonomia financeira da autora.

Para tanto, argumenta que a autora já recebe benefício previdenciário em razão da morte de seu filho, no valor de um salário mínimo - f. 108.

Todavia, a relação previdenciária não se confunde com a responsabilidade civil da requerida. É de se dizer: a obrigação de ressarcimento da ré nasceu a partir da instalação do dano, ou seja, no momento da morte do filho da autora, em que foi retirada do núcleo familiar renda necessária à subsistência da requerente. Daí surge o dever de indenizar da ré. Em frente distinta, o mesmo evento inaugurou sinistro previdenciário motivador da prestação de verba diversa, não atrelada à requerente, de modo que não a beneficia na quitação de seu débito.

É a uníssona jurisprudência:

> Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Acidente de trânsito. Animais na pista. Responsabilidade objetiva do proprietário. Morte do pai da autora. Indenização por danos morais. *Quantum*. Razoabilidade. Pensionamento mensal. Recebimento de benefício previdenciário. Irrelevância. Renda não comprovada. Cálculo com base no salário mínimo. Culpa recíproca. Divisão das indenizações à metade. Sentença parcialmente reformada. [...] - Enquanto a pensão mensal a que condenado o Apelante advém de responsabilidade civil, a pensão por morte paga pelo INSS é decorrente de obrigação contratual, ante o pagamento de contribuição previdenciária pela vítima do acidente, sendo irrelevante a cumulação de tais verbas. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0351.07.079214-5/001, Rel. Des.: José Marcos Vieira, 16ª Câmara Cível, j. em 13/3/2014, p. em 24/3/2014)

> O benefício previdenciário é diverso e independente da indenização por danos materiais ou morais, porquanto ambos têm origens distintas. O primeiro assegurado pela Previdência; e a segunda, pelo direito comum. Caracterizada a responsabilidade administrativa do Estado, com fulcro no art. 37, par. 6º, da Constituição Federal, surge o dever de indenizar a parte lesada de acordo com as normas do direito privado, podendo, conforme o caso a indenização compreender danos morais e, ou materiais. 2. A indenização por ato ilícito é autônoma em relação a qualquer benefício previdenciário que a vítima receba. Precedentes: REsp nº 823.137/MG, Rel. Min. Castro Filho, 3ª Turma, DJ 30.06.2006; Resp nº 750.667/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, DJ 30.10.2005; REsp nº 575.839/ES, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, DJ 14.03.2005; REsp nº 133.527/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, DJ 24/2/2003. [...] (EDcl no Resp nº 922.951/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. em 18/5/2010, *DJe* de 9/6/2010)

Quantos aos parâmetros de quantificação da pensão, estes não foram extrapolados no *decisum* ora combatido, nos moldes definidos pelo STJ já citados, dos quais não destoa a interpretação desta Corte:

> Segundo orientação jurisprudencial emanada do Superior Tribunal de Justiça, a dependência econômica dos pais em relação ao filho menor falecido é presumida, em se tratando de família de baixa renda. Justifica-se a indenização por danos materiais, em casos como o presente, no equivalente a 2/3 (dois terços) do salário mínimo durante o período correspondente dos 16 (dezesseis) aos 25 (vinte e cinco) anos de idade do filho falecido, e, após este período, no equivalente a 1/3 (um terço) do salário mínimo, até o dia em que a vítima faria 65 (sessenta e cinco) anos, considerando a expectativa de vida média dos brasileiros. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0313.10.012115-8/001, Rel.: Des.: Armando Freire, 1ª Câmara Cível, j. em 9/4/2013, p. em 18/4/2013)

Acerca do pagamento da pensão de uma só vez, não tem cabimento, considerando-se o escopo assistencial das parcelas mensais, de modo que sua prestação periódica é mais razoável.

Ademais, o código civil, ao determinar que "o prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez", certamente se refere à hipótese diversa, qual seja, indenização por incapacidade laborativa:

> Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.
>
> Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

É a interpretação da jurisprudência:

> Recursos especiais. Responsabilidade civil. acidente de trânsito. morte de adolescente. atropelamento por ônibus. Preparo recursal. ausência de GRU. *Quantum* indenizatório dos danos morais. pedido de pagamento em parcela única da pensão por morte. Constituição de capital. - morte de adolescente, com 17 (dezessete) anos, em acidente de trânsito, deixando os pais e irmãos, autores de demanda indenizatória com pedido de reparação dos danos materiais (pensão) e morais. [...] - A regra do parágrafo único do art. 950, do Código Civil, autorizando o pagamento de indenização em parcela única na hipótese da incapacidade permanente da vítima de lesões corporais, não se mostra compatível com a pensão por morte. Precedentes do STF e do STJ. [...] (REsp nº 1354384/MT, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. em 18/12/2014, *DJe* de 4/2/2015)

Sobre a lesão extrapatrimonial, importa ter presente que poucas situações transtornam de modo tão profundo e duradouro a integridade psíquica do ser humano quanto a perda de um filho em circunstâncias como as narradas nos autos. Presume-se que a morte de um parente tão próximo seja fator desencadeante de um processo de luto acentuadamente doloroso, cujos efeitos, não raro, fazem-se sentir por anos, deixando marcas indeléveis na psique dos genitores.

Logo, é evidente a lesão moral, circunstância sequer negada pela apelante, que se atém ao *quantum* reparatório.

A esse respeito, tem-se que a apuração dos danos morais deve ser estabelecida pelo juízo de acordo com as peculiaridades que se apresentarem no caso concreto, mas sempre tendo em vista a extensão da lesão sofrida pela vítima.

Também é importante que fique caracterizada a adequação entre a ofensa e a indenização, sob pena de restar configurado inaceitável enriquecimento de uma das partes e irregular desfalque da outra. Nesse sentido, deve permanecer a razoabilidade entre o dano e a indenização a ser fixada.

Isso posto, cabe concluir que o *quantum* indenizatório de R$120.000,00 (cento e vinte mil reais), arbitrado pela sentença, está longe de se mostrar excessivo.

Registre-se que "a jurisprudência do STJ indica que as hipóteses de morte, em especial de filho, em decorrência de acidente de automóvel, vêm sendo compensadas com o valor de até 500 (quinhentos) salários mínimos para cada familiar afetado." (STJ REsp nº 1044527/MG, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 27/9/2011, *DJe* de 1/3/2012).

Ainda, em deliberação recente da Corte Superior:

> Processual civil. Agravo interno no recurso especial. Ação de compensação por dano moral decorrente de acidente automobilístico com vítima fatal. Embargos de declaração. omissão. Não ocorrência. harmonia entre o acórdão recorrido e a jurisprudência do STJ. Reexame de fatos e provas. inadmissibilidade. [...] - A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a modificação do valor fixado a título de danos morais somente é permitida quando a quantia estipulada for irrisória ou exagerada, de forma a não atender os critérios que balizam o seu arbitramento, a saber, assegurar ao lesado a justa reparação pelos danos sofridos, sem, no entanto, incorrer em seu enriquecimento sem causa, o que não está caracterizado neste processo, no qual foi fixado o valor equivalente a 250 (duzentos e cinquenta) salários mínimos para cada genitor, em razão de falecimento de seu filho. - Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp nº 1303293/SP, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 25/3/2019, *DJe* de 27/3/2019)

O valor tampouco escapa da faixa de valores adotada por esta 18ª Câmara Cível em casos análogos (vide Apelação Cível nº 1.0024.08.269684-0/001).

Dele, todavia, deverá ser abatido o montante reparatório recebido na ação penal nº 0040.10.005603-1, de R$22.000,00 (vinte e dois mil), nos moldes determinados no próprio termo de assentada (f. 166 - item 5), em sintonia com o mandamento do art. 45, § 1º, do CPP:

> Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no art. anterior, proceder-se-á na forma deste e dos art. 46, 47 e 48. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)
>
> § 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998).

Em aplicação desse normativo, vide Apelação Cível nº 1.0024.08.230108-6/002.

Ainda haverá dedução do valor recebido a título de seguro obrigatório DPVAT sobre a reparação judicialmente fixada, nos termos do entendimento do c. STJ:

> O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada. (Súmula nº 246, 2ª Seção, j. em 28/3/2001, *DJe* de 17/4/2001, p. 149)
>
> [...] O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada (Súmula 246/STJ), sendo que essa dedução efetuar-se-á mesmo quando não restar comprovado que a vítima tenha

> recebido o referido seguro. Precedentes. [...] (EDcl no AgRg no AREsp nº 127.317/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 14/4/2015, *DJe* de 20/4/2015)
>
> [...] Seguro obrigatório. Dedução da indenização judicialmente fixada. Cabimento, mesmo ausente prova de recebimento do seguro pela vítima. Cobertura para danos morais. Existência, desde que derivados de morte, invalidez permanente ou despesas de assistência médica e suplementares. Dispositivos legais analisados: art. 3º da lei nº 6.194/74. [...]
>
> O art. 3º, da Lei nº 6.194/74, não limita a cobertura do seguro obrigatório apenas aos danos de natureza material. Embora especifique quais os danos indenizáveis - morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares - não há nenhuma ressalva quanto ao fato de não estarem cobertos os prejuízos morais derivados desses eventos. [...] (REsp nº 1365540/DF, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, 2ª Seção, j. em 23/4/2014, *DJe* de 5/5/2014).

A própria autora declarou, às f. 583, que recebeu, a título de indenização pelo seguro DPVAT decorrente do mesmo acidente que gerou o presente feito, metade do valor devido pelo evento morte.

Assim, é o caso de acolher o direito de desconto, na condenação, da quantia paga à autora a título de seguro veicular obrigatório, montante a ser aferido em liquidação de sentença, através da determinação de juntada, pela requerida, do respectivo recibo, de ofício à segurada ou outro meio de apuração do valor.

A sucumbência, na forma fixada, deve sofrer pequena alteração, resultante somente das teses acolhidas neste recurso, sem considerar, entretanto, a perda em razão da fixação dos danos morais, em quantia menor do que aquela apontada na inicial: "Súmula nº 326, do STJ: Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca".

Em relação aos honorários advocatícios, não há que se falar em sua modificação, já que arbitrados conforme a literalidade do art. 85, § 2º, do CPC, em percentual compatível com o trabalho desenvolvido pelos patronos, em feito que já dura seis anos, em que foram realizadas duas perícias e ouvidas diversas testemunhas.

Finalmente, a multa, arbitrada em razão da oposição dos embargos declaratórios, deve ser mantida, considerando o notório intuito reformador do recurso, incompatível com os aclaratórios, que são protelatórios, portanto.

Em face do exposto, ACOLHO A PRELIMINAR DE NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA, reduzindo a pensão mensal para metade do salário mínimo, até os vinte e cinco anos de idade da vítima, e, após, mantido 1/3 (um terço) do salário mínimo, até que ela complete 70 (setenta) anos e DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, apenas para autorizar o decote, na condenação, das quantias pagas à autora, a título de seguro veicular obrigatório e em razão ação penal nº 0040.10.005603-1, bem como determinar que as parcelas vincendas, cabíveis a titulo de pensão, sejam pagas mensalmente à requerente, devida a quitação das vencidas no curso da ação em uma única parcela, mantendo incólume a sentença recorrida no restante.

Redimensiono a sucumbência estabelecida na origem na proporção de 20% (vinte por cento) pela autora e 80% (oitenta por cento) pela ré.

Fixo honorários recursais, nos termos do art. 85, § §1º e 11, do CPC, em 3% (três por cento) sobre o valor da condenação, devidos juntamente com as custas de segundo grau pelas partes, na mesma proporção mencionada (20% - vinte por cento - pela recorrida e 80% - oitenta por cento - pela recorrente).

Suspende-se a exigibilidade do pagamento dos ônus da perda em relação à autora/recorrida, contudo, em face da gratuidade de justiça a que faz jus.

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

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR DE NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO.

• • •

Direito constitucional, administrativo, civil e processual civil - Apelação cível - Ação civil pública - Preliminares - Ilegitimidade ativa - Nulidade parcial do processo, por cerceamento de defesa - Rejeição - Construções objeto de tombamento global - Demolição - Individualização do imóvel e notificação do proprietário - Desnecessidade - Responsabilidade daqueles que, de algum modo, contribuíram para o desrespeito à restrição administrativa imposta ao domínio - Dano moral coletivo - Existência - Sentença mantida - Recurso não provido

- A *legitimatio ad causam* ativa pode ser definida, em regra, como a qualidade necessária ao autor para postular em juízo na condição de titular, em tese, do direito material controvertido.

- Para que se configure o cerceamento de defesa é necessária a demonstração de impedimento ou diminuição ilícita do direito de defesa, situação não verificada, *in casu*.

- A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

- Inexistindo demonstração do prejuízo, a caracterizar vício passível de nulificação, prevalece o disposto no art. 249, § 1º, e 250, parágrafo único, do CPC/1973, vigente à época, não havendo falar em cerceio de defesa.

- Tem o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 129, inciso III, da CR/1988, c/c art. 25, inciso IV, alínea *a*, da Lei nº 8.625/1993, e art. 5º, inciso I, da Lei nº 7.347/1985, legitimidade para ajuizar ação civil pública, não apenas no que diz respeito à defesa do patrimônio público, mas também do social e dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, como é o caso dos autos, em que se discute a responsabilidade dos réus pela demolição de edificações que teriam relevância histórica e cultural, supostamente protegidos pelo tombamento.

- O tombamento representa modalidade de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada, visando à preservação dos aspectos histórico, cultural, artístico, científico ou paisagístico que formam a memória nacional, impedindo que o bem seja destruído ou alterado, por meio da imposição de restrições ao uso pelo proprietário.

- Mesmo que na modalidade global, ou de conjunto, o tombamento é apto a surtir os mesmos efeitos do individual, dispensando, inclusive, a pormenorização dos imóveis e a notificação dos proprietários. Precedentes do STJ.

- Respondem, de forma objetiva e solidária, todos aqueles que atuaram para o desrespeito à restrição imposta em virtude dessa limitação ao direito de propriedade.

- O dano moral coletivo consiste em injusta lesão aos valores de uma comunidade, ou parte dela, no caso, relacionados à história e formação de São João del-Rei e dos que nela habitam ou habitaram.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0625.14.010069-8/004 - Comarca de São João del-Rei - Apelante: Angela Maria Moreira do Nascimento, Antônio Rogério do Nascimento e outro, Rafael Augusto Oliveira Abrantes - ME, Rafael Augusto Oliveira Abrantes - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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 REJEITAR AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 4 de junho de 2019. - *Amorim Siqueira* - Relator.

Voto

DES. AMORIM SIQUEIRA - Cuida-se de recurso de Apelação interposto por Antônio Rogério do Nascimento e outros contra sentença (f. 351/358) proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de São João del-Rei que, em autos de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para condenar a parte ré (i) a pagar, em favor da coletividade, de forma solidária, indenização, por dano moral, fixada no importe de R$200.000,00 (duzentos mil reais), que deverá ser recolhido, em 30 (trinta) dias, ao Fundo Municipal de Patrimônio Cultural e ao Fundo Estadual de Reparação dos Interesses Difusos Lesados; (ii) a elaborar Registro Documental dos imóveis demolidos, em até 180 (cento e oitenta) dias (f. 362), contendo histórico, informações sobre o construtor e antigos moradores, descrição pormenorizada do bem, plantas, imagens atuais e antigas, depoimentos de antigos moradores e usuários da edificação, sob pena de multa cominatória diária, fixada no importe de R$5.000,00 (cinco mil reais), até o limite de R$300.000,00 (trezentos mil reais) e (iii) a se abster de construir no local dos danos qualquer edificação que sugira a altimetria, a volumetria e a taxa de ocupação anteriormente existentes, sob pena de multa de R$100.000,00 (cem mil reais) e demolição compulsória.

Em suas razões recursais, suscitam os apelantes, em preliminar, a ilegitimidade ativa do *Parquet*, sob o argumento de que o tombamento depende de atos administrativos que cabem ao Município de São João del-Rei, tratando-se, no caso, de imóvel particular não tombado, não tendo ele legitimidade para a defesa do patrimônio cultural, mas apenas do patrimônio público.

No mérito, sustentam que as construções erguidas no imóvel descrito na inicial não foram tombadas individualmente, não existindo restrição ao direito de propriedade, razão pela qual não praticaram nenhum ilícito; que o tombamento geral deveria constar de livro específico (Tombo) e também no registro imobiliário, para que pudesse produzir efeito perante terceiros; que não tomaram conhecimento da instauração do processo de tombamento, ato necessário, sem o qual não lhe poderão ser imputadas as consequências pelos fatos descritos na inicial; que, diante da degradação das construções, optaram por demoli-las; que não foi observado o *iter* procedimental contido no Decreto-lei nº 25/37, para que fosse válido e eficaz o tombamento; que, admitindo-se sua ocorrência, deveriam ser indenizados pela restrição do domínio, o que não ocorreu; que, na hipótese de tombamento individual de imóveis situados no entorno, há impedimento apenas de obras que obstem ou reduzam sua visibilidade; que a edificação em questão não se insere na área protegida pelo IPHAN; que não há prova da existência e das atribuições do Conselho Municipal de Preservação do

Patrimônio Cultural de São João del-Rei (COMPAC), situação que, afeita à legislação municipal, deveria ter sido demonstrada pelo autor, ora apelado; que o recorrente Rafael agiu em virtude de contrato de prestação de serviços, não podendo ser responsabilizado pelos danos alegados na exordial; que não há falar em dano moral coletivo, dada a incompatibilidade da lesão com a metaindividualidade dos ditos ofendidos.

Pugna, ao final, pelo acolhimento da prefacial, ou, se ultrapassada, pelo provimento do recurso, para reformar a sentença hostilizada, julgando improcedentes os pedidos iniciais.

Preparo, regular, conforme comprovante de f. 386/387.

Contrarrazões constantes de f. 389/395, nas quais o apelado defende a manutenção da decisão guerreada.

Decido.

Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Preliminar, suscitada pelos recorrentes (da tribuna), de nulidade parcial do processo, por cerceamento de defesa.

Os recorrentes, por meio de seu advogado, suscitaram, da tribuna, em sessão realizada de julgamento no dia 12/3/2019, preliminar de nulidade parcial do processo, por cerceio de defesa, em razão não ter sido determinada vista, a eles, dos documentos juntados pelo *Parquet*, às f. 271/277, juntamente com a impugnação à contestação.

Como sabido, para que se configure cerceamento e, por consequência, grave ofensa ao princípio do devido processo legal, é precisão que haja impedimento ou redução ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Do conteúdo dos autos, observa-se que, de fato, aos réus, ora apelantes, não foi permitido que se manifestassem sobre tais peças, juntadas, ao processado, em 14/11/2014.

Não cuidaram os recorrentes, entretanto, de indicar qual o prejuízo que sofreram, tendo em vista que, em ato subsequente, foram intimados acerca da decisão de f. 214, com publicação realizada, no *DJe*, em 18/11/2014, e nada disseram, acarretando preclusão, a teor do que se extrai do art. 245, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973, então vigente: "Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão."

Não fosse assim, inexistindo, como dito, demonstração do prejuízo, a caracterizar vício passível de nulificação, prevalece o disposto no art. 249, § 1º, e 250, parágrafo único, desse Diploma:

> Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.
>
> § 1º O ato não se repetirá nem se Ihe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.
>
> [...]
>
> Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.

Por essa razão, entendo não ter ocorrido o alegado cerceio de defesa, e, assim, rejeito a preliminar.

Preliminar, manifestada pelos apelantes, de carência de ação, por ilegitimidade ativa *ad causam*.

Afirmam os réus, ora apelantes, não ser parte ilegítima o Ministério Público para figurar no polo ativo desta ação civil pública, tendo em vista que a pretensão de reparação versada na demanda tem fundamento na proteção do patrimônio cultural, para o que não está legitimado.

A *legitimatio ad causam* ativa pode ser definida, em regra, como a qualidade necessária ao autor para postular em juízo na condição de titular, em tese, do direito material controvertido.

Nesse sentido, os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior:

> Se a lide tem existência própria e é uma situação que justifica o processo, ainda que injurídica seja a pretensão do contendor, e que pode existir em situações que visam mesmo a negar *in totum* a existência de qualquer relação jurídica material, é melhor caracterizar a legitimação para o processo com base nos elementos da lide do que nos do direito debatido em juízo.
>
> 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" (*Curso de Direito Processual Civil*, v. I, 26. ed., p. 58).

E sua aferição dá-se no campo estritamente processual, segundo a Teoria da Asserção.

A propósito do tema, leciona Alexandre Freitas Câmara:

> Parece-nos que a razão está com a teoria da asserção. As condições da ação são requisitos exigidos para que o processo vá em direção ao seu fim normal, qual seja a produção de um provimento de mérito. Sua presença, assim, deverá ser verificada em abstrato, considerando-se, por hipótese, que as assertivas do demandante em sua inicial são verdadeiras, sob pena de se ter uma indisfarçável adesão às teorias concretas da ação. Exigir a demonstração das condições da ação significaria, em termos práticos, afirmar que só tem ação quem tenha o direito material. Pense-se, por exemplo, na demanda proposta por quem se diz credor do réu. Em se provando, no curso do processo, que o demandante não é titular do crédito, a teoria da asserção não terá dúvidas em afirmar que a hipótese é de improcedência do pedido. Como se comportará a teoria? Provando-se que o autor não é credor do réu, deverá o juiz julgar seu pedido improcedente ou considerá-lo carecedor de ação? Ao afirmar que o caso seria de improcedência do pedido, estariam os defensores desta teoria admitindo o julgamento da pretensão de quem não demonstrou sua legitimidade; em caso contrário, se chegaria à conclusão de que só preenche as condições da ação quem fizer jus a um pronunciamento jurisdicional favorável. Parece-nos, assim, que apenas a teoria da asserção se revela adequada quando se defende uma concepção abstrata do poder de ação, como fazemos. As condições da ação, portanto, deverão ser verificadas pelo juiz *in status assertionis*, à luz das alegações feitas pelo autor na inicial, as quais deverão ser tidas como verdadeiras a fim de se perquerir a presença ou ausência dos requisitos do provimento final (*Lições de Direito Processual Civil*, vol. 1. Rio de janeiro: Freitas Bastos, p. 124/125).

Dispõe o art. 1º da Lei nº 7.347/1985, que regulamenta a ação civil pública:

> Art. 1º - Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).
>
> l - ao meio-ambiente;
>
> ll - ao consumidor;
>
> III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
>
> IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990)
>
> V - por infração da ordem econômica; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).
>
> VI - à ordem urbanística. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)
>
> VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. (Incluído pela Lei nº 12.966, de 2014)
>
> VIII - ao patrimônio público e social.

Tem o *Parquet*, nos termos do art. 129, inciso III, da CR/88, c/c art. 25, inciso IV, alínea *a*, da Lei nº 8.625/1993, e art. 5º, inciso I, da Lei nº 7.347/1985, legitimidade para ajuizar o procedimento em questão, não apenas no que diz respeito à defesa do patrimônio público, mas também do social e dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, como é o caso dos autos, em que se discute a responsabilidade dos réus pela demolição de edificações que teriam relevância histórica e cultural, supostamente protegidos pelo tombamento.

Esse entendimento encontra ressonância em julgados deste TJMG:

> Apelação cível. Ação civil pública. Declaração de valor cultural de casarão da cidade de itaúna. Reexame necessário. Legitimidade ativa do Ministério Público. Possibilidade jurídica do pedido. Ausência de violação do devido processo legal. Valor cultural não demonstrado. Impossibilidade de preservação. I - Em se tratando de ação civil pública, consoante recente entendimento do STJ, aplica-se analogicamente a Lei nº 4.717/1965 e, por conseguinte, deve-se proceder ao reexame da sentença mesmo em caso de improcedência do pleito inicial. II - Nos precisos termos dos arts. 129, III, 216, § 1º, da Carta Magna, bem como do art. 1º, III, da Lei nº 7.347/1985 (LACP), inquestionável a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública visando tutelar o patrimônio cultural brasileiro. III - A Constituição Federal não limitou as formas de proteção do patrimônio cultural brasileiro como sendo apenas "por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação", ao contrário, deixou claro que há "outras formas de acautelamento e preservação" (art. 216, § 1º, CF/1988), posição essa que harmoniza-se com o art. 5º, XXXV, do texto constitucional. Em razão disso, é perfeitamente possível a utilização da ação civil pública para se buscar a proteção de determinado bem ao qual se atribui valor cultural. IV - Não importa ofensa ao devido processo legal as medidas administrativas destinadas à obtenção de elementos para a instrução de pedido de preservação de um bem imóvel, tendo sido ao Ministério Público conferido atribuições para tanto seja pela nova ordem constitucional (art. 129, III, CR/88) ou pela legislação infraconstitucional (art. 8º, § 1º, LACP). V - Inexistente pronunciamento claro e categórico dos órgãos públicos itaunenses (CODEMPACE, Museu Municipal, Prefeitura e Departamento de Cultural) no sentido de reconhecer o "Casarão do Sr. William Leão" como integrante efetivo do patrimônio municipal, injustificável o acolhimento da ação civil pública destinada a protegê-lo ou preservá-lo como bem da memória cultural e/ou histórica daquela municipalidade (TJMG - Apelação Cível nº 1.0338.08.071414-4/001, Rel. Des. Peixoto Henriques, 7ª Câmara Cível, j. em 17/9/2013, p. em 20/9/2013).

> Agravo de instrumento. Ação cautelar inominada. Ministério Público. Legitimidade. Imóvel com valor cultural. Proteção. Pretensão de se obter a declaração do tombamento do bem. Liminar para a preservação do imóvel. Requisitos. Presença. - O Ministério Público é parte legítima para interpor Ação Civil Pública com o escopo de resguardar bem com elevado valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (patrimônio cultural), mesmo que não haja o tombamento do imóvel pela Administração. - A medida cautelar visa garantir a efetividade da jurisdição, a futura certificação e execução do direito alegado pela parte, sendo requisitos essenciais da medida o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, bem como a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação. - Presentes os requisitos defere-se a medida. - Recurso desprovido (TJMG - Agravo de Instrumento nº 1.0338.08.070306-3/001, Rel.ª Des.ª Heloisa Combat, 7ª Câmara Cível, j. em 18/11/2008, p. em 5/12/2008).

Com essas razões, rejeito a preliminar.

Mérito.

Narra o autor, na inicial, terem os réus realizado a demolição das construções erguidas nos imóveis localizados na Praça Guilherme Milward, nºs 104 e 108, esquina com Rua Ribeiro Bastos, Bairro Bonfim,

São João del-Rei, de propriedade do primeiro e da segunda requerida, os quais estariam protegidos por tombamento, uma vez que integrantes do Núcleo Histórico desse Município.

Em razão dessa conduta, imputada também ao terceiro e quarta requerida, na condição de prestadores do serviço demolitório, busca o Parquet reparação constituída por obrigação de fazer e não fazer e de indenizar, por dano material e moral à coletividade, nos termos da exordial.

Os réus, de seu turno, defendem-se dizendo que as edificações não foram objeto de tombamento individual, não constando, no registro dos imóveis, nenhuma restrição a esse respeito, como também não houve lançamento no Livro Tombo, nem foram notificados sobre o procedimento, para que dele tivessem conhecimento, inexistindo, por essa razão, óbice ao exercício dos poderes dominiais ou dever reparatório, por conta da demolição, esta incontroversa, nos autos.

Nos termos do art. 216 da Constituição da República:

> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
>
> I - as formas de expressão;
>
> II - os modos de criar, fazer e viver;
>
> III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
>
> IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
>
> V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

E, no parágrafo primeiro desse dispositivo, estabelece a Carta Política meios de proteção do patrimônio cultural brasileiro, com a seguinte redação: "O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação".

Entre eles, está o tombamento, que representa modalidade de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada, visando à preservação dos aspectos histórico, cultural, artístico, científico ou paisagístico que formam a memória nacional, impedindo que o bem, material ou imaterial, seja destruído ou alterado.

A propósito do tema, as lições de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

> O tombamento é forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, assim considerado, pela legislação ordinária, "o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico" (art. 1o do Decreto-lei no 25, de 30-11-37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional).
>
> Empregando o vocábulo tombamento, o direito brasileiro seguiu a tradição do direito português, que utiliza a palavra tombar no sentido de registrar, inventariar, inscrever nos arquivos do Reino, guardados na Torre do Tombo (cf. Hely Lopes Meirelles, 2003:543).

> Pelo tombamento, o Poder Público protege determinados bens, que são considerados de valor histórico ou artístico, determinando a sua inscrição nos chamados Livros do Tombo, para fins de sua sujeição a restrições parciais; em decorrência dessa medida, o bem, ainda que pertencente a particular, passa a ser considerado bem de interesse público; daí as restrições a que se sujeita o seu titular.
>
> O tombamento é sempre uma restrição parcial, não impedindo ao particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio; por isso mesmo, não dá, em regra, direito a indenização; para fazer jus a uma compensação pecuniária, o proprietário deverá demonstrar que realmente sofreu algum prejuízo em decorrência do tombamento.
>
> Se, para proteger o bem, o Poder Público tiver que impor restrição total, de modo que impeça o proprietário do exercício de todos os poderes inerentes ao domínio, deverá desapropriar o bem e não efetuar o tombamento, uma vez que as restrições possíveis, nesta última medida, são apenas as que constam da lei, nela não havendo a previsão de qualquer imposição que restrinja integralmente o direito de propriedade.
>
> O tombamento pode ser definido como o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público sujeita a restrições parciais os bens de qualquer natureza cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico.
>
> É procedimento administrativo, porque não se realiza em um único ato, mas numa sucessão de atos preparatórios, essenciais à validade do ato final, que é a inscrição no Livro do Tombo (Direito Administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 216/217).

Analisando detidamente o acervo fático-probatório, observo que os imóveis em questão, a despeito de não terem sido objeto de tombamento individual, integram área de "entorno do Conjunto Arquitetônico e Urbanístico de São João del-Rei, tombado pelo IPHAN, de acordo com o processo nº 68-T-38, Inscrição nº 01, Livro de Belas Artes, Volume I, Folha 02, em 04/03/1938 e protegido pelo Decreto Lei nº 25, de 30/11/1937 [...]", a teor da certidão de f. 257.

Nota-se que, contrariamente ao afirmado pelos apelantes, há registro do tombamento da área em Livro Tombo (Belas-Artes), junto ao IPHAN, em conformidade com o que determina o art. 4º, 3, do Decreto-lei nº 25/1937, sendo consideradas as edificações parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, por conta do que prescreve o art. 1º, § 1º, desse Diploma:

> Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interêsse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.
>
> § 1º Os bens a que se refere o presente art. só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico o artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

Registre-se que o tombamento global, ou de conjunto, é apto a surtir os mesmos efeitos do tombamento individual, dispensando, inclusive, a pormenorização dos imóveis e a notificação dos proprietários.

Assim já se decidiu no Superior Tribunal de Justiça:

> Administrativo. Recurso especial. Tombamento geral. Cidade de Tiradentes. Possibilidade. Desnecessidade de individualização do bem. Proteção do patrimônio arquitetônico, histórico e

cultural. Desrespeito à notificação extrajudicial do IPHAN. Recurso especial improvido. Divergência jurisprudencial não configurada. Ausência de similitude fática. 1. Não é necessário que o tombamento geral, como no caso da cidade de Tiradentes, tenha procedimento para individualizar o bem (art. 1º do Decreto-Lei nº 25/1937). As restrições do art. 17 do mesmo diploma legal se aplicam a todos os que tenham imóvel na área tombada. Precedente. 2. É incongruente a alegação da recorrente de que o bem não foi individualizado no tombamento, se sabia claramente das restrições impostas pelo Decreto-Lei n. 25/37, uma vez que, inclusive, solicitou autorização ao IPHAN para a realização da obra e desrespeitou os limites estabelecidos pelo órgão. 3. A divergência jurisprudencial não pode ser conhecida por ausência de similitude fática, tendo em vista o reconhecimento do acórdão recorrido do caráter agressor das obras e reconhecimento pelo acórdão paradigma da ausência de demolição, destruição ou mutilação do bem tombado. Recurso especial conhecido em parte e improvido (REsp 1098640/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 9/6/2009, *DJe* de 25/6/2009).

Consta, do voto condutor do Acórdão, da lavra do Ministro Humberto Martins, o seguinte:

> [...] em recente julgado da Segunda Turma, foi decidido, por maioria, vencida a ilustre Ministra Eliana Calmon, que se aplica o art. 17 do Decreto-Lei n. 25/1937 à Região Administrativa do Cruzeiro - Distrito Federal, área reconhecidamente tombada, por estar abrangida pelo tombamento geral de Brasília.
>
> Portanto, foi implicitamente reconhecida no caso citado a possibilidade de tombamento geral, como é o caso de Brasília, e explicitamente aplicado o art. 17 do Decreto-Lei n. 25/1937 para proibir qualquer tipo de alteração sem a prévia autorização do IPHAN.
>
> Na oportunidade, proferi voto-vista, acompanhando o eminente Ministro Herman Benjamin, que abriu divergência nos seguintes termos:
>
> 'Com razão o Parquet. A proibição de destruição, demolição ou mutilação do bem tombado não se refere, tão-somente, aos seus aspectos estéticos e arquitetônicos, mas deve estender-se à concepção urbanística que determinou sua construção.
>
> Nesse sentido, os espaços abertos existentes nos blocos residenciais de Brasília, tradicionalmente conhecidos como pilotis, efetivamente fazem parte do conjunto arquitetônico tombado, de sorte que a colocação de grades que impeçam o livre trânsito de pessoas naquelas áreas afeta o próprio bem protegido, mutilando-o.
>
> Com efeito, dentre as acepções do vocábulo mutilação, o Dicionário Houaiss inclui 'ruína ou descaracterização de monumento'. É o que ocorreu com a colocação de grades: descaracterizou-se um bem tombado em sua concepção urbanística, alterando, assim, sua composição estética.
>
> Ao elencar os efeitos do tombamento, Edimur Ferreira de Faria ensina que, dentre os deveres do proprietário, está 'não modificar o bem. A imodificabilidade do objeto tombado é a mais séria das restrições a que se submetem os bens integrantes do patrimônio cultural. Apesar do peso dessa restrição, a sua imposição é necessária para se evitar a descaracterização do bem (FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*, 6. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 546)" (Voto-vista no REsp 840.918/DF, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, Rel. para acórdão Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 14/10/2008, pendente de publicação).
>
> Portanto, havendo o tombamento geral da cidade de Tiradentes, despicienda a intimação do bem tombado, já que toda a cidade faz parte do patrimônio protegido, não sendo possível que o interesse individual se torne prevalente diante do conjunto arquitetônico reconhecidamente de importância histórica (art. 1º do Decreto-lei n. 25/1937).

Nesse sentido, estavam obrigados os réus a observar a limitação imposta sobre a coisa, o que rechaça qualquer argumento formulado em sentido contrário.

E tinham conhecimento disso, tanto que submeteram à autoridade competente, em 18/7/2014, requerimento (f. 161) de autorização de demolição das construções, sequer aguardando o desfecho, pois optaram por realizar, ao arrepio dos ditames legais, e destruí-las, afrontando a determinação contida no art. 17 do Decreto-lei nº 25/37:

> Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruidas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artistico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cincoenta por cento do dano causado.

Concluo pela ocorrência de ação violadora dos limites do tombamento, incorrendo os réus em prática ilícita, ensejadora da pretensão de reparação civil, e da constituição de obrigação de fazer, bem como de não fazer fixadas na sentença.

Devo dizer ainda que não prospera a alegação recursal de que, em relação ao terceiro e quarto réus, seriam apenas prestadores de serviço, contratados para demolir as edificações, não sendo responsáveis pelo dano, pois, nesta seara, respondem, de forma objetiva e solidária, todos que atuaram para o desrespeito da restrição imposta em virtude dessa limitação ao direito de propriedade.

Novamente, o entendimento desse Sodalício:

> Ação civil pública. Função memorativa do direito de propriedade. Tombamento global. Restauração de imóveis pertencentes ao patrimônio histórico da humanidade. Omissão na proteção. Processual civil. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Alínea "C". Não demonstração da divergência. arts. 17 e 19 do Decreto-Lei 25/1937.
>
> [...]
>
> 5. Vigora no Brasil proibição legal absoluta de destruição, demolição e mutilação de bens tombados (art. 17, *caput*, do Decreto-Lei 25/1937), vale dizer, um regime de preservação plena, universal e perpétua. Aos que violam a proibição legal, além dos remédios e cominações previstos no Decreto 25/1937 e da responsabilidade civil objetiva e solidária, aplicam-se sanções criminais e, no caso de contribuição ativa ou passiva de servidor público, penas disciplinares e as previstas na Lei da Improbidade Administrativa. Irrelevante, em âmbito de defesa, o "jogo de empurra", tão comum, como pernicioso, entre União, Estados e Municípios.
>
> 6. A notificação ao Poder Público, pelo proprietário do bem tombado, de que não dispõe de recursos para realizar obras de conservação e reparação (art. 19 do Decreto-Lei 25/1937), não o libera para simplesmente abandonar a coisa à sua própria sorte e ruína, sobretudo porque o ordenamento coloca à sua disposição mecanismos gratuitos para forçar a ação do Estado, bastando provocar o Ministério Público ou a Defensoria Pública.
>
> Responsabilidade solidária.
>
> 7. Como bem decidiu o Tribunal de origem, são responsáveis solidariamente pela preservação de imóvel urbano em situação de risco, em face ao abandono e descaso e pelos danos causados ao patrimônio histórico e cultural, todos aqueles a quem incumbe protegê-lo ou quem, direta ou indiretamente, contribua para o desrespeito, entre os quais se incluem o proprietário, mesmo que locador, e o Poder Público.

> Tombamento geral. 8. Segundo a jurisprudência do STJ, quanto à natureza das obrigações que do ato decorrem, inexiste distinção entre tombamento individualizado e global (também chamado geral ou de conjunto): "Não é necessário que o tombamento geral, como no caso da cidade de Tiradentes, tenha procedimento para individualizar o bem (art. 1º do Decreto-Lei n. 25/37). As restrições do art. 17 do mesmo diploma legal se aplicam a todos os que tenham imóvel na área tombada" (REsp 1.098.640/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, *DJe* de 25/6/2009).
>
> [...]
>
> 10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido (REsp 1359534/MA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 20/2/2014, *DJe* de 24/10/2016).

No que se refere ao direito de indenização aos requeridos, em virtude do tombamento, é questão estranha aos autos, que deve ser discutida na via própria.

Por fim, em relação do dano moral coletivo, não deve ser acolhida a tese recursal, de que incompatível essa espécie de lesão com a natureza metaindividual do ofendido, pois a discussão encontra-se amplamente superada, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, consistindo em uma injusta lesão a uma comunidade, ou parte dela, no caso, consistente na destruição de bem imóvel relacionado à história e formação de São João del-Rei e dos que nela habitam ou habitaram.

Admitindo-se a ofensa a direito difuso e coletivo, ensinam, a esse respeito, Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves:

> O dano moral coletivo é modalidade de dano que atinge, ao mesmo tempo, vários direitos da personalidade, de pessoas determinadas ou determináveis (danos morais somados ou acrescidos) (*Manual de Direito do Consumidor*: direito material e processual/Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 45).

Sobre a matéria, a jurisprudência deste Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> Reexame Necessário e Apelação Cível. Ação civil pública para proteção de bem de valor histórico e cultural. "Cine Brasil". Tombamento pelo Conselho Municipal do Patrimônio Cultural de Caratinga. Órgão competente. Arquivamento ilegal do processo de tombamento pelo chefe do Poder Executivo. Função homologatória. Ato administrativo sem motivação. Alvará de construção expedido e demolição iniciada. Comoção social. Responsabilidade civil configurada. Condenação solidária do particular proprietário e do ente público municipal em ações de restauração, preservação e proteção do patrimônio cultural. Danos morais coletivos. Indenização devida. Honorários de sucumbência. Descabimento. I - É do Conselho Municipal do Patrimônio Cultural de Caratinga a competência para a definição acerca do tombamento de determinado bem, cumprindo ao Chefe do Poder Executivo a função homologatória da decisão do Conselho, pelo que é ilegal o arquivamento do processo de tombamento mediante ato do Prefeito, desprovido de motivação e contrário à decisão do Conselho do Patrimônio Cultural, que declarou o bem de valor histórico e cultural e deliberou pelo seu tombamento. II - Iniciada a demolição de bem de reconhecido valor histórico e cultural pelo Conselho Municipal do Patrimônio Cultural, impõe-se a condenação solidária do particular proprietário e do Município de Caratinga em obrigação de fazer consistente em ações de restauração, de proteção e de preservação do bem, assim como a condenação da empresa proprietária ao ressarcimento do dano moral coletivo configurado e do Município em obrigação de não fazer, consistente em não autorizar a alteração do aspecto ou da estrutura da edificação, sem prévia aprovação dos órgãos competentes, vedando-se a sua demolição total ou parcial. III - Ao propor a ação civil pública, o Promotor de Justiça exerce "munus publicum", não lhe sendo devido o pagamento de verba honorária pela parte sucumb ente, consoante reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de

Justiça (TJMG - Ap Cível/Reexame Necessário nº 1.0134.12.011838-2/003, Rel. Des. Peixoto Henriques, 7ª Câmara Cível, j. em 11/7/2017, p. em 18/7/2017).

Apelação cível. Ação civil pública. Cerceamento de defesa inocorrente. Vício ultra petita inexistente. Imóveis em processo administrativo para tombamento histórico e cultural. Demolição. Impossibilidade. Conduta antijurídica patente. Indenização por danos morais coletivos e materiais. Reparações devidas. Valor da reparação pelo dano patrimonial. Arbitramento correto. Reparação do dano moral coletivo. Excesso de arbitramento. Redução. Construção de memorial alusivo aos imóveis demolidos. Obrigação de fazer possível. Juros de mora. Termo inicial correto. Recurso parcialmente provido. 1. O cerceamento de defesa ocorre se o órgão judicial impede a realização de prova necessária. Estando os fatos documentalmente comprovados, está ausente o suposto cerceamento. 2. Ocorre vício ultra petita da sentença quando o julgador concede à parte ativa além do que pretendeu. Respeitado o limite, a sentença é válida. 3. É do proprietário a obrigação de conservar, reparar e restaurar o bem em processo de tombamento histórico e cultural. Portanto, sua demolição, mesmo que parcial e sem a respectiva autorização do Podre Público, revela-se inadmissível. 4. Comprovada a conduta antijurídica, os danos morais coletivos e materiais devem ser reparados. 5. O valor da indenização deve atender os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Confirma-se o arbitramento da reparação pelo dano patrimonial corretamente realizado, porém, há que se reduzir o valor excessivo da indenização pelo dano moral coletivo. 6. Considerando a irreparável perda cultural que as demolições representam aos munícipes, a construção de memorial alusivo às construções demonstra-se obrigação de fazer razoável para atenuar o respectivo dano. 7. Em princípio, o devedor no caso de ato ilícito encontra-se em mora desde a data que o mesmo é perpetrado. Assim, os juros moratórios não podem ser contados a partir do trânsito em julgado da sentença. 8. Apelação cível conhecida e parcialmente provida para reduzir o valor da indenização pelo dano moral coletivo, rejeitadas duas preliminares (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.05.813498-2/005, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, 2ª Câmara Cível, j. em 23/2/2016, p. em 2/3/2016).

Em arremate, não há dúvida sobre a presença de responsabilidade dos réus, em decorrência de conduta que resultou na demolição das construções erguidas no lote descrito na inicial, protegidas por tombamento global, devendo eles responder pelos danos, nos moldes entabulados na sentença recorrida, registrando inexistir, no recurso, impugnação específica em relação à obrigação de fazer e não fazer constituídas ou ao *quantum* da condenação.

Dispositivo.

Com tais considerações, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa e, no mérito, nego provimento ao recurso, ficando mantida a bem lançada sentença impugnada.

Custas recursais, pelos apelantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ARTHUR FILHO e PEDRO BERNARDES.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação de indenização - Escola estadual - Agressão física entre alunos dentro do estabelecimento - Perda da visão - Omissão no dever de fiscalização e segurança - Responsabilidade subjetiva - Danos morais, materiais e estéticos

- Aplica-se a teoria subjetiva de responsabilidade civil quando o dano experimentado ocorre em razão da omissão do Poder Público.

- O arbitramento da indenização por danos morais e estéticos deve ser feito com moderação e em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido da vítima, mas que também não seja tão ínfima a ponto de não atingir seu desiderato.

- Recurso de apelação conhecido e parcialmente provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0271.13.011405-8/001 - Comarca de Frutal - Apelante: Leticia Gomes da Silva Miranda - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª ALBERGARIA COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 8 de agosto de 2019 - *Albergaria Costa* - Relatora.

Voto

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Letícia Gomes da Silva Miranda contra a sentença de f.160/167, que julgou improcedentes os pedidos deduzidos na ação de indenização ajuizada contra o Estado de Minas Gerais, pretendendo o recebimento de danos materiais, morais e estéticos, em decorrência da perda de sua visão, causada em briga de alunos dentro de escola estadual.

Em suas razões recursais, a apelante sustentou que a responsabilidade do Estado em decorrência de acidente sofrido pelo aluno no interior de escola pública é objetiva, quando configurada a hipótese de omissão específica (dever de vigilância), na qual incide a responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Alegou que, a despeito de ser objetiva a responsabilidade nesse caso, é evidente a presença do elemento subjetivo culpa na modalidade negligência e imprudência, pois a escola tem o dever de proteger os alunos, que devem ficar sob vigilância de adultos enquanto estiverem dentro do estabelecimento de ensino. Esclareceu que a autora perdeu não somente a visão mas todo o globo ocular, em razão da paulada desferida por outro aluno durante o intervalo. Pediu a reforma da sentença, com a condenação do Estado ao pagamento de indenização referente ao dano moral por ela sofrido, além de danos materiais e estéticos.

Contrarrazões a f. 182/184.

É o relatório.

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

Infere-se dos autos que a apelante foi vítima de lesão corporal grave no interior de uma escola estadual, vindo a perder seu globo ocular e sua visão do olho direito, após um aluno ter-lhe atirado um galho de árvore durante o horário do intervalo.

O núcleo da controvérsia reside, portanto, na eventual responsabilidade civil do Estado de Minas Gerais pela fatalidade ocorrida.

Veja-se que a causa de pedir é a suposta falha na vigilância e segurança da escola estadual em que ocorreu o acidente, que não agiu de forma eficiente para coibir e/ou cessar as agressões físicas.

E, uma vez imputado ato omissivo ao Poder Público, a questão merece ser analisada sob o prisma da responsabilidade subjetiva, estando, pois, condicionada à comprovação do dolo ou culpa do agente.

Nesse sentido, destaca-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> É mister acentuar que a responsabilidade por 'falta de serviço', falha do serviço ou culpa do serviço [...] não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.
>
> Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva.

Na hipótese dos autos, verifica-se, pelo boletim de ocorrência de f. 20/24, bem como pelo jornal local de f. 25, e pelos depoimentos testemunhais de f. 156/158, que a apelante foi gravemente atingida no olho, durante o intervalo, por outro aluno da escola estadual em que estudava, que corria com um galho de árvore nas mãos para atingir um terceiro aluno.

Na ocasião, segundo o depoimento de testemunha do próprio Estado, "*havia vários gravetos pelo chão da escola*" (f. 156), e "*não havia inspetor de alunos ou outro agente que fiscalizasse os alunos durante o intervalo*" (f. 156). Observa-se que as outras duas testemunhas do apelado igualmente afirmaram não haver inspetor ou adulto responsável, durante o recreio, para supervisionar os alunos, sendo que uma delas não se recordou "*se, à época a escola tinha inspetor de alunos*" (f. 158) ,e a outra, embora tenha afirmado existir "*uma inspetora*" (f. 157), "*não se recorda onde ela estava naquele momento e nem o nome dela*" (f. 157).

A vigilância e a segurança dos alunos dentro das dependências de uma instituição pública de ensino é dever do ente público, a ser exercida por profissionais qualificados e em número suficiente para, se não extirpar, ao menos coibir os atos de violência entre alunos e professores.

No caso dos autos, é induvidosa a culpa *in vigilando* do ente público, por omissão. A esse respeito, ensina Rui Stoco:

> Ora, a omissão do Estado é anônima, eis que se traduz em algo que a própria Administração não fez, quando devia fazer. Não tomou providências quando estas eram exigidas. Omitiu-se, danosamente, quando se exigia um comportamento ativo (Tratado de Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.129).

Note-se que o Estado em momento algum negou o ocorrido; apenas buscou se eximir do pagamento de indenização por danos morais, estéticos e materiais, afirmando que tão logo tiveram ciência do fato, a diretora e os professores da escola prontamente buscaram o socorro devido à aluna apelante.

O laudo da perícia médica (f.140/143) corroborou o relatório médico apresentado junto à inicial (f. 26), apresentando o seguinte diagnóstico: "amaurose do olho direito (cegueira), evoluindo para uma atrofia ocular do mesmo, conhecida dentro das patologias oftalmológicas como Phthisis Bulbi, sendo patologias de caráter permanente".

Note-se que a perita sugeriu "prótese ocular no olho direito, com o objetivo de melhorar a estética e auto estima da paciente" (f. 143).

Assim sendo, é de se reconhecer o nascimento da obrigação indenizatória, restando proceder a sua quantificação.

Sabe-se que o dano moral alcança valores notadamente ideais, ligados a um sentimento íntimo de dor, tristeza, angústia, depressão e desespero, enquanto o dano estético é aquele que acarreta uma alteração no aspecto morfológico do indivíduo, causando-lhe, de regra, deformidades ou lesões desgastantes, com repercussão ou não na sua capacidade laboral.

E, nesse aspecto, considerando as provas documentais e testemunhais produzidas, não restam dúvidas de que a apelante sofreu verdadeiro abalo psíquico com o acidente de severa gravidade, que resultou na perda do globo ocular e da visão, comprometendo a vida normal de uma mulher, desde a sua adolescência até o final de sua vida.

No entanto, recomenda-se que o valor a ser arbitrado seja moderado e razoável, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido da vítima, com manifestos abusos e exageros, mas que igualmente sirva para desestimular novas práticas pelo agente causador do dano.

Assim, entendo adequado o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para reparar os danos morais e estéticos, pois atinge plenamente os fins do instituto, eis que não é tão ínfimo a ponto de não desestimular novas práticas, e tampouco configura uma forma de enriquecimento indevido da ofendida.

Quanto aos danos materiais, embora tenha a apelante alegado ter tido gastos no valor de R$7.000,00 (sete mil reais) "*em razão do fato ocorrido*", não se desincumbiu do ônus que lhe cabia a teor do art. 373 do CPC/2015, inexistindo nos autos prova documental de referidas despesas. Ponha-se relevo, ainda, que a prótese ocular é fornecida pelo SUS, de modo que a apelante poderá obtê-la sem custo algum.

Isso posto, dou parcial provimento ao recurso de apelação para condenar o Estado de Minas Gerais tão somente ao pagamento de indenização por danos morais e estéticos, no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), corrigidos a partir da citação.

Invertam-se os ônus sucumbenciais.

Majoro os honorários recursais para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11º do CPC/2015, observada a Lei nº 14.939/2003.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ELIAS CAMILO SOBRINHO e JUDIMAR BIBER.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

• • •

Apelação cível. Ação de reintegração de posse. Nulidade da sentença. Prova emprestada. Oitiva das partes. Inexistência. Ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa. Cerceamento de defesa. Sentença cassada

- É válida a utilização de prova produzida em ação de usucapião para solucionar ação de reintegração de posse. Trata-se de técnica que privilegia a economia processual, ao permitir a execução de um único ato instrutório para dois processos, além de contribuir para evitar a prolação de potenciais decisões conflitantes.

- O aproveitamento da prova emprestada condiciona-se à efetivação do contraditório, é dizer, a facultar às partes ocasião para, querendo, manifestar-se sobre o conteúdo da prova emprestada. Afinal, a utilização da prova emprestada, sem a oitiva das partes, fere os princípios da cooperação e da não-surpresa, com a existência de menção a elemento probatório não discutido no processo que recebeu o traslado.

- O contraditório efetivado em ação de usucapião é insuficiente para autorizar a utilização da prova em ação de reintegração de posse. A despeito da similitude de certos aspectos - em especial quanto à discussão sobre o exercício da posse -, a ação petitória não se confunde com a possessória, de forma que o aproveitamento do caderno probatório se dá de forma distinta. Consequentemente, deve ser dada às partes a oportunidade de manifestar-se sobre a prova em ambos os processos, a fim de confrontá-la especificamente com a pretensão exercida pela parte autora em cada qual.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0710.08.016176-7/001 - Comarca de Vazante - Apelante: Geraldo José da Silva - Apelado: Baltazar Alves de Araújo - Relator: DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em ACOLHER A PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA E CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2019 - *José Marcos Rodrigues Vieira* - Relator.

Voto

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA - Trata-se de apelação cível, interposta por Geraldo José da Silva da sentença (f. 91/93-TJ) que, nos autos da ação de reintegração de posse que lhe ajuíza Baltazar Alves de Araújo, julgou procedente o pedido formulado na inicial.

Em razões recursais (f. 95/103-TJ), o apelante suscita preliminar de cerceamento de defesa, em vista da utilização de prova emprestada, oriunda de ação de usucapião. No mérito, argumenta que exerce posse mansa e pacífica sobre o imóvel litigioso há anos, o que, inclusive, justificou a propositura de ação de usucapião. Sustenta que o contrato juntado pelo apelado, visando à comprovação da posse sobre o bem,

refere-se a lote distinto do objeto do litígio. Aduz que a juntada de boletim de ocorrência é insuficiente para provar o suposto esbulho.

Pleiteia o provimento do recurso.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 104/107-TJ, repisando que o conjunto probatório, em especial a prova testemunhal, é suficiente à demonstração de que o apelante jamais ocupou o bem litigioso. Ao final, pugna pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Preliminar – cerceamento de defesa.

Preliminarmente, o apelante suscita a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa. Segundo narra, a sentença baseou-se em prova produzida na ação conexa, de usucapião. Por entender que as demandas possessória e petitória possuem natureza distinta, afirma que o caderno probatório de uma não pode ser utilizado na formação da convicção do Juízo em outra. Ademais, sustenta que o Juízo não intimou as partes a respeito da prova emprestada.

A espécie não trata propriamente de prova emprestada, tendo em vista que não houve o traslado de documentos de um para outro processo. No entanto, em vista da semelhança das situações, tomo como emprestada a prova produzida na ação de usucapião, eis que deriva de outro feito e foi utilizada para dirimir a controvérsia desta ação de reintegração de posse.

A respeito do cerceamento de defesa, útil a lição doutrinária de Fredie Didier Jr. (*Curso de direito processual civil*. 4. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2004. p. 395-398):

> [...] Considera-se o direito à prova como direito fundamental, derivado dos direitos fundamentais ao contraditório e ao acesso à justiça. Vejamos a opinião de Marinoni a respeito, que esclarece a questão:
>
> "Como adverte Trocker, o objetivo central da garantia do contraditório não é a defesa entendida em sentido negativo, isto é, como oposição ou resistência ao agir alheio, mas sim a 'influência', entendida como 'Mitwirkungsbefugnis' (ZEUNER) ou Einwirkungsmölichkeit (BAUR), ou seja, como direito ou possibilidade de influir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado da demanda. De nada adianta, de fato, garantir uma participação que não possibilite o uso efetivo, por exemplo, dos meios necessários à demonstração das alegações. O direito à prova é resultado da necessidade de se garantir ao cidadão a adequada participação no processo. Como demonstra Vigoritti, a estreita conexão entre as alegações dos fatos, com que se exercem os direitos de ação e de defesa, e a possibilidade de submeter ao juiz os elementos necessários para demonstrar os fundamentos das próprias alegações tornou clara a influência das normas em termos de prova sobre os direitos garantidos pelo *due process of law*. A mesma conexão impõe o reconhecimento, em nível constitucional, de um verdadeiro e próprio direito à prova (*right to evidence*) em favor daqueles que têm o direito de agir ou de se defender em juízo (...)".
>
> (...) Por um lado, a partir da leitura sistemática e teleológica das máximas e valores constitucionais, encontramos a ela intrínseco o direito fundamental à prova, emanando, mais especificamente, 'como um desdobramento da garantia constitucional do devido processo legal ou um aspecto fundamental das garantias processuais da ação, da defesa e do contraditório'.

> Por outro lado, podemos ainda identificá-lo como um direito constitucional implícito, mas externo à Constituição. Sim, vez que é expressamente previsto em 2 (dois) tratados internacionais recepcionados pelo nosso sistema: (i) a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado pelo Decreto nº 678/69, no seu art. 8º; (ii) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporado pelo Decreto nº 592/92, no seu art. 14.1, alínea *e*. Edoardo Cambi esclarece ainda que este direito fundamental à prova tem caráter instrumental; e sua finalidade, afirma, é o alcance de uma tutela jurisdicional justa. Por isso, deve-se sempre buscar dar efetividade a tal direito. E 'nesse contexto, a efetividade do direito à prova significa o reconhecimento da máxima potencialidade possível ao instrumento probatório para que as partes tenham amplas oportunidades para demonstrar os fatos que alegam', influindo, assim, no convencimento do julgador. Deve-se assegurar, pois, o emprego de todos os meios de prova imprescindíveis para a corroboração dos fatos.
>
> À luz do neoprocessualismo, foi superada a tradicional visão privatística do direito processual, com o consequente desenvolvimento de pensamento informado pelos valores constitucionais. Conferem-se ao Estado-juiz não apenas poderes de instrução, mas também o dever de zelar pela correta formação do conjunto probatório.Com arrimo na linha do citado doutrinador, fixa-se a premissa: não basta garantir-se o direito à prova. É preciso que o acervo probatório seja formado por meios idôneos, com efetiva participação do jurisdicionado.
>
> No que importa para o caso concreto, a concretização do direito à prova importa garantir não apenas a livre atividade probatória das partes - inclusive a juntada de provada emprestada -, mas também o contraditório sobre os elementos dos autos.
>
> Estabelecida a premissa, é desinfluente que a prova emprestada derive de Ação de Usucapião, e não de outra Ação Possessória. A natureza da pretensão não condiciona a aceitação de prova emprestada. Afinal, se é possível o traslado, para o cível, de prova produzida na seara penal, não há qualquer justificativa razoável para vedar o empréstimo de prova produzida por e enviada para Juízo Cível.
>
> Conforme doutrina de escol, a simples juntada da prova emprestada condiciona-se apenas ao potencial de colaborar para o esclarecimento dos fatos e, consequentemente, para o provimento final: "Pergunta-se: é admissível a prova emprestada? Indiscutivelmente, sim. Sempre é uma peça de instrução, que, quando maior efeito não tenha, trará consigo valor argumental, servirá de subsídio na formação do convencimento" (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 293).

E prossegue:

> Em todas as hipóteses de prova emprestada, releva observar, o seu valor advém, essencialmente, do seu poder de convencimento. Quer isso dizer, como já se assinalou a princípio, que, como todas as demais provas, a emprestada deve ser avaliada pelo juiz da nova causa. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial.* 2. ed. v. 1. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 312).

Por outro lado, uma vez aceita, a efetiva utilização da prova emprestada condiciona-se ao contraditório. Trata-se de imperativo decorrente das garantias do devido processo legal e do contraditório: afinal, se a prova influirá na formação do convencimento do Juízo, é imprescindível que se faculte às partes ocasião para manifestar-se sobre o respectivo conteúdo. E, evidentemente, que as referidas manifestações sejam consideradas por ocasião do provimento final.

O entendimento é firme no âmbito do Superior Tribunal de Justiça,

> que já consignou que independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o

> contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo (EREsp 617.428/SP, Rel.ª Minª Nancy Andrighi, Corte Especial, j. em 4/6/2014, *DJe* de 17/6/2014).

Mutatis mutandis, relativamente ao processo administrativo, a orientação consta da Súmula nº 591 do STJ: "é permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa".

No caso dos autos, o Juízo intimou as partes a apresentar memoriais finais (f. 79-TJ). Após manifestação do réu (f. 81-TJ), determinou-se o apensamento deste feito à ação de usucapião (f. 88-TJ). Em seguida, certificou-se que o autor não apresentou memoriais (f. 90/90v-TJ) e o Juízo prolatou sentença (f. 91/93-TJ), cuja fundamentação faz menção expressa - inclusive transcrita - à prova produzida nos autos da ação de usucapião (f. 92-TJ).

Como já se afirmou, é válida - e inclusive salutar - a utilização de prova emprestada de ação de usucapião para a solução de ação possessória, caso ambas refiram-se ao mesmo imóvel. Trata-se de técnica que privilegia a economia processual, ao providenciar um único ato instrutório para dois processos, além de contribuir para evitar a prolação de decisões conflitantes.

Sem prejuízo, o exame da prova emprestada condiciona-se ao contraditório, que não foi observado no caso concreto. Afinal, após o apensamento dos feitos, a sentença foi proferida incontinenti, sem que as partes fossem alertadas de que a provas em apenso seriam utilizadas para a solução desta controvérsia.

Nem se diga que o contraditório efetivado na ação de usucapião sanaria o vício. A despeito da similitude de certos aspectos, a ação petitória não se confunde com a possessória, de forma que o aproveitamento do caderno probatório se dá de forma distinta. Consequentemente, deve ser dada às partes a oportunidade de manifestar-se sobre a prova em ambos os processos, a fim de confrontá-la especificamente com a pretensão exercida pela parte autora. Não bastasse a distinção conceitual, a utilização da prova emprestada sem a oitiva das partes fere os princípios da cooperação e não-surpresa (art. 6°, 9° e 10 do CPC de 2015), com a existência de menção a elemento probatório não discutido no processo.

Assim, a sentença é nula, pois proferida com base em provas de outro processo sem que as partes tenham sido intimadas a manifestar-se sobre o respectivo conteúdo.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para acolher a preliminar de cerceamento de defesa e cassar a sentença.

Determino o retorno dos autos à comarca de origem, a fim de que as partes sejam intimadas a manifestar-se sobre as provas produzidas na ação de usucapião antes da prolação da sentença.

Custas, ao final, pela parte sucumbente.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores PEDRO ALEIXO e RAMOM TÁCIO.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA E CASSARAM A SENTENÇA.

• • •

Apelação cível. Ação cominatória c/c indenizatória. Concorrência desleal. *Trade dress*. Semelhança dos produtos. Confusão do consumidor. Comprovação. Proteção da marca. Devida. Violação ao princípio da dialeticidade. Inexistência. Sentença *extra-petita*. Inexistência

- Tendo a parte apelante atacado a sentença, pedindo inclusive sua nulidade por vício *extra petita*, não há falar em violação ao princípio da dialeticidade.

- Não há falar em julgamento *extra petita*, se a lide foi julgada dentro dos limites propostos na inicial, tendo sido observado o princípio da congruência.

- A proteção à marca, prevista na Lei nº 9279/96, estende-se ao direito de uso da embalagem dos produtos, denominado *trade dress*, que pode ser definido como os seus elementos distintivos, os quais, em conjunto, fazem com que sejam identificados pelos consumidores no seguimento mercadológico de atuação.

- Havendo a comprovação pela parte autora da semelhança dos produtos, que causa a confusão do consumidor, configurada a concorrência desleal e cabível a proteção da marca (*trade dress*) de seu produto.

Apelação Cível Nº 1.0027.13.018031-1/003 - Comarca de Betim - Apelante: Officer Indústria Química Ltda. - Apelante Adesiva: Lima Pergher Indústria Comércio e Representações Ltda. - Apelado: Officer Indústria Química Ltda., Lima Pergher Indústria Comércio e Representações Ltda. - Relator: DES. LUCIANO PINTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO.

Belo Horizonte, 21 de março de 2019 - *Luciano Pinto* - Relator.

Voto

DES. LUCIANO PINTO - Lima e Pergher Indústria, Comércio e Representações Ltda. ajuizou ação cominatória c/c indenizatória em face de Officer Indústria Química Ltda..

Narrou ser conhecida nacional e mundialmente sob a denominação social *Start Química*, sendo sociedade empresária fabricante de soluções de limpeza e higienização para laticínios, frigoríficos, mineradoras, indústrias alimentícias, clubes, condomínios, lavanderias, hospitais etc..

Disse que, em 2001, teve deferido o registro da conhecida marca de produtos de limpeza Azulim, no INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial), com dois registros de depósito (nº 819482099 e nº 823441261), de maneira que, a partir daí, despendeu vultoso investimento na marca e, em especial, em

seu sinal distintivo, passando o produto a ser conhecido do público consumidor, sendo seu maior sucesso de vendas.

Alegou que a ré está reproduzindo e comercializando vários produtos com características semelhantes ao seu, inclusive com nomenclatura e invólucro contendo as mesmas características e elementos visuais, gerando, portanto, confusão perante o público consumidor, induzindo-o a erro no momento da compra.

Afirmou que tal prática vem lhe causado vultoso prejuízo, caracterizando-se concorrência desleal.

Requereu tutela antecipada, para que seja a ré proibida de continuar a fabricar, lançar, distribuir e comercializar no mercado consumidor o produto Azulimax Limpa Cerâmica e Azulejos, assim como quaisquer outros produtos que contenham a terminologia Azulimax estampada no rótulo e/ou no frasco, bem como seja a ré condenada a lhe pagar pelas perdas e danos sofridos em razão dessas práticas.

A tutela antecipada foi deferida às f. 78/83 e devidamente cumprida (f. 92/93).

A ré apresentou contestação às f. 118/128, alegando que o produto Azulimax, por ela fabricado, produzido e comercializado, possui seu registro aprovado pela Anvisa e que sua venda é feita de forma totalmente legal, não havendo risco de o produto ser de baixa qualidade. Disse que, através de uma empresa do mesmo grupo empresarial, CML- Indústria Ltda., já requereu o registro da marca Azulimax, sendo que tal pedido ainda não havia sido apreciado - pedido nº 904736733 - e que as marcas não se confundem, de forma que não está praticando concorrência desleal. Requereu a improcedência da demanda.

Impugnação à contestação encontra-se às f. 158/165.

Intimadas para especificarem provas (f. 108), as partes manifestaram-se às f. 109 e 110.

Laudo pericial de f. 253/290.

Às f. 310, a requerida informou que teve seu pedido da marca, Azulimax, junto ao INPI deferido em maio/2017.

Sobreveio sentença (f. 339/344) que julgou parcialmente procedente a demanda, tornando definitiva a tutela antecipada concedida, para que a requerida se abstenha de produzir e comercializar os produtos indicados na inicial, com o conjunto- imagem (*trade dress*) semelhante ao da autora, sob pena de multa diária de R$1.000,00, limitada a R$200.000,00, e condenou a ré a indenizar a autora pelas perdas e danos sofridos, conforme se apurar em liquidação de sentença, além do pagamento das custas e honorários, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Daí o presente recurso (f. 347/350), insurgindo-se a ré, ora apelante, contra a sentença, requerendo sua reforma, batendo-se pela tese de sentença *extra petita*, de que foi concedida a marca de seu produto junto ao INPI, não sendo, pois, seu uso indevido. Requereu o provimento do recurso e a improcedência da demanda.

Contrarrazões de f. 354/361, pugnando a apelada pelo não conhecimento do recurso, por afronta ao princípio da dialeticidade e pelo seu desprovimento, reiterando as teses iniciais.

Apelação adesiva de f. 362/375, insurgindo-se a parte autora contra a sentença, requerendo sua reforma e a total procedência da demanda, com a determinação de abstenção total do uso da marca e do conjunto de imagem, fabricação, distribuição e comercialização do produto Azulimax por parte da ré.

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso adesivo (f. 377).

É o relatório.

Decido.

- Preliminar - Não Conhecimento do recurso principal - Levantada em contrarrazões (f. 356):

Alega a parte apelada a violação ao princípio da dialeticidade, pugnando pelo não conhecimento da apelação principal.

Sem razão a ora apelada.

Sobre o princípio da dialeticidade, vejam-se os escólios de Nelson Nery Júnior:

> De acordo com esse princípio, exige-se que todo recurso seja formulado por meio de petição pela qual a parte não apenas manifeste sua inconformidade com ato judicial impugnado, mas, também e necessariamente, indique os motivos de fato e de direito pelos quais requer o novo julgamento da questão nele cogitada. Rigorosamente, não é um princípio: trata-se de exigência que decorre do princípio do contraditório, pois a exposição das razões de recorrer é indispensável para que a parte recorrida possa defender-se, bem como para que o órgão jurisdicional possa cumprir seu dever de fundamentar suas decisões. (JUNIOR, Nelson Nery. *Teoria geral dos recursos.* 6. ed. Editora RT).

In casu, não há falar em não conhecimento do recurso principal, por violação ao princípio da dialeticidade, como aduz a ora apelada, em suas contrarrazões, pois vejo que apelante atacou, sim, nas razões de f. 347/350, a douta sentença, pugnando pela sua nulidade por vício *extra petita*, nulidade que pode ser arguida em qualquer tempo e grau de jurisdição, não havendo, pois, que se falar em não conhecimento do recurso, pois atacou especificamente a sentença, alegando que possui o registro da marca de seu produto, sendo, a seu aviso, pois, por tal fato improcedente a pretensão inicial.

Rejeito, pois, a preliminar de não conhecimento do recurso principal, por violação ao princípio da dialeticidade.

Mérito:

Ressalto que analisarei conjuntamente as pretensões recursais de ambos os recursos, principal e adesivo, haja vista sua interdependência nesta seara.

Conheço, pois, dos recursos principal e adesivo, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Vejo que não assiste razão ao apelante principal e ao apelante adesivo, pelo que passo a aduzir.

Antes de adentrar ao cerne da questão, ressalto que não há falar em nulidade da sentença por vício *extra petita* nesta seara, como alegou a apelante principal.

É cediço que, pelo princípio da congruência, a sentença deve ser adstrita aos pedidos formulados na inicial, sendo vedado o julgamento *citra petita*, *ultra petita* e *extra petita*.

A propósito, *mutatis mutandis*, vejam-se os escólios de Humberto Theodoro Júnior:

> A sentença *extra petita* incide em nulidade porque soluciona causa diversa da que foi proposta através do pedido. E há julgamento fora do pedido tanto quando o juiz defere uma prestação diferente da que

> lhe foi postulada, como quando defere a prestação pedida, mas com base em fundamento jurídico não invocado como causa do pedido na propositura da ação. Quer isto dizer que não é lícito ao julgador alterar o pedido, nem tampouco a *causa petendi*. (JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*, v. I, 44. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006. p. 559).

Neste sítio, não há falar em sentença *extra petita*, pois vê-se claramente da leitura da inicial que a parte autora alegou a existência de concorrência desleal, haja vista a similitude da marca dos produtos comercializados pela ré com o produto da parte autora *(sic-* f. 12), pugnando pela proteção da marca de seu produto.

A douta sentença reconheceu parcialmente o direito da parte autora, reconhecendo que houve concorrência desleal, como se vê a f. 342, e proibiu que a ré comercializasse o seu produto com o conjunto imagem (*trade dress*) semelhante ao produto da parte autora, não tendo, havido, pois, julgamento fora dos limites da lide.

Rejeito, pois, a alegação de vicio *extra petita* no presente caso concreto.

Adentrando ao ponto fulcral, é cediço que marca constitui sinal ou expressão destinada a individualizar os produtos, mercadorias e serviços de uma empresa, identificando-os perante o mercado e consumidores, para cuja titularidade é exigido o registro no INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial).

Em virtude da relevância do uso da marca para a economia moderna, representando um estímulo à livre concorrência, sua propriedade tem proteção garantida pela Constituição Federal e pela lei.

Dessa forma, a propriedade de uma marca impede a sua utilização por outrem sem a autorização do seu proprietário.

A proteção da marca deve ser estendida ao *trade dress*.

O *trade dress*, numa tradução literal, seria a roupagem do negócio; as características visuais que identificam aquele fornecedor perante sua clientela, não exigindo que haja a direta violação da propriedade intelectual dos produtos ali comercializados, mas apenas que a identidade visual dos produtos ou dos estabelecimentos seja tal que possa causar ao consumidor confusão.

Tal confusão, por sua vez, caracterizaria concorrência desleal, e danos à detentora do direito de uso daquele padrão visual em seu estabelecimento ou produto.

A legislação brasileira não aborda diretamente a proteção do que chamamos de *trade dress*, apesar de podermos defluí-la da proteção à marca dos art. 129 e 130, III, da Lei nº 9.279/1996, bem como das objeções à prática de concorrência desleal previstos no art. 2º, V, 195, III e V do mesmo diploma legal.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, veja-se:

> Direito da propriedade intelectual. proteção à marca. roupagem do negócio. *trade dress*. proteção pelo direito brasileiro. ausência de caracterização. posto de gasolina. br distribuidora. utilização das mesmas cores. fotografia. ausência de negativo. 1. Não havendo dúvidas de que o seu estabelecimento comercial já ostentou o padrão de cores aposto na fotografia, não há que se descaracterizar a prova pela simples ausência de negativo, pois tal regra apenas se refere ao seu ônus de impugnação da prova. 2. O *trade dress*, numa tradução livre, seria a "roupagem do negócio"; as características visuais que identificam aquele fornecedor perante sua clientela, não exigindo que haja a direta violação da propriedade intelectual dos produtos ali comercializados, mas apenas que a identidade visual dos estabelecimentos seja tal que possa causar ao consumidor relevante confusão. 3. A legislação brasileira não aborda diretamente a

proteção do *trade dress*, apesar de podermos defluí-la da proteção à marca dos art. 129 e 130, III, da Lei nº 9.279/1996, bem como das objeções à prática de concorrência desleal previstos no art. 2º, V, 195, III e V do mesmo diploma legal. (TJMG - Ap. nº 1.0699.09.102140-1.001, Rel. Des. Cabral da Silva, 10ª CACIV).

Agravo de instrumento. ação ordinária. violação de marca e concorrência desleal. propriedade industrial. embalagem dos produtos. semelhanças. risco de confusão entre os consumidores. tutela antecipada. requisitos. verossimilhança da alegação e receio de dano grave ou de difícil reparação. demonstração. recurso não provido. - A propriedade da marca adquire-se pelo registro válido expedido, garantindo, ainda, ao seu titular o uso exclusivo em todo o território nacional, bem como a possibilidade de ver seus direitos resguardados, impedindo a prática da concorrência desleal. - A proteção à marca, prevista na Lei nº 9279/96, estende-se ao direito de uso exclusivo da embalagem dos produtos, denominado *trade dress*, que pode ser definido como os seus elementos distintivos, os quais, em conjunto, fazem com que sejam identificados pelos consumidores no seguimento mercadológico de atuação. - Deve ser obstada a importação e comercialização de produto, cuja embalagem lembra aqueles que são fabricados e comercializados pela parte autora, à qual foi conferida proteção aos símbolos distintivos de seus produtos, que são do mesmo seguimento mercadológico, porque essa situação pode levar o consumidor à confusão quanto ao seu fabricante. (TJMG - AI 1.0518.12.004276-8/001, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira).

Apelação cível. obrigação de fazer. cerceamento de defesa. ausência de configuração. *trade dress*. posto de gasolina. utilização das mesmas cores. confusão ao consumidor. sentença mantida. (...) A marca constitui sinal ou expressão destinada a individualizar os produtos, mercadorias e serviços de uma empresa, identificando-os perante o mercado e consumidores, para cuja titularidade é exigido o registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI. O *trade dress*, numa tradução livre, seria a "roupagem do negócio"; as características visuais que identificam aquele fornecedor perante sua clientela, não exigindo que haja a direta violação da propriedade intelectual dos produtos ali comercializados, mas apenas que a identidade visual dos estabelecimentos seja tal que possa causar ao consumidor relevante confusão. (TJMG-AC1.0313.09.293.430-3/003, Rel. Des. Luiz Arthur Hilário).

É cediço, ainda, que a concorrência desleal ocorre quando verificadas algumas das condutas previstas no art. 195 da Lei nº 9.279/1996, que dispõe:

Capítulo VI - dos crimes de concorrência desleal.

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

> VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;
>
> VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;
>
> IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;
>
> X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;
>
> XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;
>
> XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou
>
> XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;
>
> XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

No presente caso concreto, restou comprovado pela parte autora, pela prova pericial produzida nos autos, que houve a configuração de concorrência desleal, devido à similitude das marcas (Azulim e Azulimax), cores dos produtos, mesmo ramo de produtos de limpeza, embora ambas as partes tenham o registro de suas marcas junto ao INPI.

Como foi constatado pelo laudo pericial e pela douta sentença, houve, no presente caso concreto, concorrência desleal, devendo, pois, a ré abster-se de comercializar seus produtos com o mesmo do conjunto-imagem (*trade dress*) do produto da parte autora, pois ambas as empresas atuam no mesmo ramo negocial de produtos de limpeza, gerando a confusão de identidade visual dos produtos em relação aos consumidores.

Veja-se o transcrito do laudo pericial (f. 273/274):

> 4.1 Relativamente à ocorrência de violação do Registro de Marca da Requerente:
>
> Houve reprodução com acréscimo pela ré do elemento nominativo e dos seus respectivos aspectos gráficos que integram a logomarca (marca mista) levada a registro perante o INPI e previamente utilizado pela autora. Esta conclusão é de caráter técnico, e leva em consideração o fato de estar em vigor o Registro da marca.
>
> 4.2 Relativamente à prática de concorrência desleal:
>
> Restou constada a ocorrência de tal prática pela ré, sendo considerados os seguintes aspectos:
>
> 4.2.2 As partes litigantes são concorrentes, pois:
>
> - atuam no mesmo ramo negocial, especificamente o ramo negocial de produtos de limpeza;

- o público-alvo é o mesmo, formado por consumidor comum, ou seja, não é formado por pessoas especializadas em uma área técnica, não necessitando de qualificação especial para aquisição dos produtos, do qual se espera conhecimento de aspectos de desempenho dos produtos a serem adquiridos, oriundo de diversas classes sociais e econômicas;

- o modelo de negócio é o mesmo, disponibilização de produtos em gôndolas e prateleiras de supermercados e estabelecimentos comerciais abertos ao público em geral;

- os produtos comercializados se inserem no mesmo segmento da indústria;

- a identidade do aspecto visual e da apresentação dos produtos é circunstância agravante da possibilidade de ocorrência de erro, dúvida ou confusão por parte dos consumidores, independentemente da existência de sinal de identificação do fabricante ou de algumas variações nos logotipos e embalagens.

Diante dos fatores mercadológicos e técnicos acima elencados, conclui-se que:

- a possibilidade de desvio de clientela é latente, desde que os produtos são muito semelhantes em seu aspecto visual, inseridos no mesmo segmento mercadológico, disputando a mesma clientela, expostos à venda nos mesmos estabelecimentos comerciais, possibilitando a ocorrência de confusão pelo público, que é formado por consumidores comuns.

Entretanto, não há falar em total abstenção/proibição da ré em comercializar seu produto, como pretende a apelante adesiva, pois, ela, ré, também possui o registro legal de sua marca junto ao INPI, devendo ser coibida apenas a concorrência desleal, a comercialização pela ré de seus produtos com o mesmo do conjunto-imagem (*trade dress*) do produto da parte autora, como bem determinou a douta sentença, sem que seja eliminada, entretanto a livre concorrência, que por si só, não é prejudicial ao consumidor e ao mercado.

Isso posto, nego provimento ao recurso principal e, com os mesmos fundamentos, nego provimento ao recurso adesivo.

Custas recursais meio a meio e honorários, que majoro, levando em conta a sucumbência de ambas as partes nesta fase recursal, nos termos do art. 85, § 1º e 11 do CPC/15, para 12% sobre o valor da condenação, a ser apurada em liquidação de sentença, a ser pago por cada parte à parte adversa, na mesma proporção das custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES APARECIDA GROSSI e ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E NEGARAM PROVIMENTO AO RECUSO ADESIVO.

• • •

Direito do consumidor. Apelação. Ação ordinária de obrigação de fazer. Interpretação dos pedidos. Conjunto da postulação. Inépcia da inicial. Não verificação. Plano de saúde. Fornecimento de transporte aeromédico para segurado. Realização de cirurgia cesariana em caráter de urgência. Solidariedade ou subsidiariedade entre "Unimeds". Reconhecimento do dever de prestar o serviço. Preliminar rejeitada e sentença mantida.

- Resta atualmente prescrito pelo art. 322, § 2º do CPC: "A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé".

- Hipótese em que a despeito da omissão do petitório, na parte dedicada aos pedidos, a interpretação global da peça de ingresso permite inferir a postulação e a providência jurisdicional expectada, a partir da causa de pedir, de sorte a propiciar seu regular processamento e julgamento, aplicando-se o princípio interpretativo acima indicado.

- As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações tratadas na lei consumerista, na forma do art. 28, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

- Polêmica envolve alegada ausência de solidariedade (ou subsidiariedade) entre cooperativas do grupo Unimed, quanto à prestação de serviço reclamado pelo segurado, na qual todavia se evidenciou a existência de vinculo jurídico direto entre autor e réu, tornando prejudicada a argumentação e bem assim subsistente a sentença que imputou à operadora do plano de saúde obrigação de viabilizar traslado aéreo de paciente gestante - com risco de morte -, para fins de realização de cesariana em hospital com UTI neonatal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.15.024485-0/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: Unimed Vale Aço Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. - Apelado: Ângela Suely Guasth Queiroz - Relator: DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2019 - *Otávio de Abreu Portes* - Relator.

Voto

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES - I - Relatório.

Reporto-me à sentença, f.161/163:

A autora ajuizou o pedido em tela, anotando ser titular de contrato de prestação de serviços de saúde com as rés. Aduziu que estaria grávida de 32 semanas e precisaria fazer uma cirurgia cesariana em nosocômio com hospital que tenha UTI neonatal e, por isso, necessita de transporte aeromédico para ser transferida a Belo Horizonte/MG. Segundo indicação médica, a cirurgia seria de urgência. As requeridas teriam negado o transporte na condição indicada.

Pugnou pela concessão de liminar, ulterior citação e procedência do pedido para se determinar às requeridas a realização do respectivo transporte.

Inicial - f. 2/6 com documentos - f. 7/12.

Decisão de f. 15 concedeu a liminar.

Lide dirimida no sentido da procedência total do pedido, confirmando-se a liminar outrora deferida.

Inconformismo apelativo da parte ré, apresentado nas f. 165/169, em síntese reavivando a preliminar de ilegitimidade passiva, considerando que não há relação jurídica direta com autora, não podendo se falar em formação de grupo econômico/solidariedade das "Unimeds"; sendo assim, não há falar em prestação defeituosa de serviço algum; que, revendo a inicial, não há pedido de condenação da apelante em caráter solidário. O que traduziria o indeferimento da inicial.

Pede, nesses termos, o provimento do recurso.

Contrarrazões nas f. 177/179, em evidente infirmação.

É o relato do primordial.

II - Voto do relator.

Conheço do recurso, visto que satisfeitos os requisitos de admissibilidade.

1. Preliminar: inépcia da petição inicial, falta de pedido cominatório específico.

Aduz a apelante preliminar de inépcia da petição inicial, ante a suposta ausência de pedido cominatório específico em face de si deduzido pela parte autora.

Analisando a petição inicial, divisa-se que a ação foi promovida em face de duas "Unimeds" - a apelante, e Unimed de Governador Valadares - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda..

No tópico destinado aos pedidos e requerimentos, efetivamente, não houve a formulação de um pedido, na sua compreensão estrita e jurídica, mas, tão somente, requerimentos de citação, tutela de urgência, justiça gratuita e protesto por provas (f. 5).

A despeito disso, tal defeito formal da petição inicial não lhe implica necessariamente o decreto de inépcia, devendo ser considerado todo o conjunto da postulação, como aliás atualmente prescrito pelo art. 322, § 2º do CPC: "§ 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé".

É o caso, se considerarmos que, a despeito da omissão do petitório, na parte dedicada aos pedidos, a interpretação global da peça de ingresso permite inferir a postulação e a providência jurisdicional expectada a partir da causa de pedir, de sorte a propiciar seu regular processamento e julgamento.

Destarte, rejeito a preliminar.

2. Mérito.

No mérito infiro que a parte apelante não controverte acerca da questão contratual em si, mas apenas e tão somente quanto à alegada ausência de solidariedade entre as cooperativas "Unimeds", tratando de destacar que inexiste o vínculo jurídico com a parte recorrida.

Sucede que é vetusta a jurisprudência, no sentido de que as sociedades, integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações tratadas na lei consumerista, na forma do art. 28, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Senão, vejamos:

> Civil. Processual civil. Direito do consumidor. Ação declaratória de nulidade cláusulas contratuais com indenização por dano moral. Plano de saúde. Sentença. Enfrentamento indireto da matéria de fundo. Fundamentação. Ausência. Inocorrência. Contrato. Cláusula resolutória. Inadimplência. Sessenta dias. Validade. Unimed. Cobrança direta de valores não-cobertos devidos a terceiros. Benefício do consumidor. Abusividade. Não ocorrência. Coparticipação. Tabela de valores não informada previamente ao consumidor. Ilegalidade da cobrança. Grupo societário. Responsabilidade solidária. Repetição do indébito. Necessidade da prova do pagamento. Mera dissonância contratual. Dano moral. Não caracterização. As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações tratadas na lei consumerista - inteligência do art. 28, § 2º, Código de Defesa do Consumidor. Não faz jus o consumidor à repetição de indébito se não comprovado o pagamento da quantia indevidamente cobrada. Não passando o imbróglio narrado de mera dissonância contratual entre as partes, e não comprovadas outras circunstâncias capazes ensejadoras da existência de prejuízo extrapatrimonial, não há que se falar em indenização por dano moral (TJMG - Apelação Cível 1.0027.04.045565-4/002, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, 16ª Câmara Cível, j. em 4/2/2009, p. em 20/2/2009).

Não fosse por isso, analisando detidamente o processando, provou a autora ser segurada do Plano de Saúde vinculado à Unimed Vale do Aço, conforme cópia da sua carteira de beneficiária (f. 50), com validade até 29/2/2016, portanto vigente da data do ajuizamento da ação.

Denota-se, ainda, que o plano em questão foi firmado tendo como estipulante o Serjusmig - Sindicado dos Servidores da Justiça de Minas Gerais -, diretamente com a Unimed Vale do Aço Cooperativa de Trabalho Médico, ora apelante, segundo f. 70, f. 71/82.

É o quanto basta, a meu ver, para manutenção da decisão hostilizada.

No contexto dos autos, portanto, impositiva se mostra a manutenção da r. decisão guerreada, à míngua de fundamento fático e/ou jurídico que determine sua reforma ou anulação.

III - Conclusão.

Diante do exposto, superada a preliminar, no mérito nego provimento ao recurso. Custas à parte recorrente, que fica condenada, também, nos honorários recursais, majorados por força do art. 85, § 11 do CPC, e que ora arbitro no importe de 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, em acréscimo aos 10% (dez por cento) já fixados pela sentença, totalizando, assim, o máximo legal de 20% (vinte por cento).

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA e PEDRO ALEIXO.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível. Ação civil pública. Direito do consumidor. Telefonia. Venda de *internet* junto com linha de telefone fixo. Venda casada. Comprovação da prática abusiva

- Nos termos do art. 39, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, "é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas, condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos".

- A contratação de serviços de *internet* condicionada à contratação de serviços de telefonia fixa configura a prática abusiva de venda casada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.11.039743-7/010 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Algar Telecom S./A. - Relator: DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA

ACÓRDÃO

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 21 de maio 2019. - *Evandro Lopes da Costa Teixeira* - Relator.

VOTO

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA - Trata-se de recurso de apelação, interposto contra a sentença de f. 738/741, pela qual o MM. Juiz de Direito *a quo*, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, em face de Companhia de Telecomunicações do Brasil Central - CTBC Telecom, extinguiu o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC/15, julgando improcedentes os pedidos formulados na inicial. Sem condenação ao pagamento de custas e honorários, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85.

Em suas razões recursais (f. 752/767), sustenta o Ministério Público Estadual, em síntese, que a r. sentença merece ser reformada, ao entendimento de que restou demonstrada nos autos a venda casada realizada pela parte ré; que a parte ré condiciona aos consumidores a venda do serviço de comunicação multimídia (SCM) à contratação do serviço telefônico fixo comutado (STFC); que a Anatel determinou que a parte ré interrompesse a prática de venda casada; que, mesmo após o ajuizamento desta ação civil pública, a parte ré continuou praticando a venda casada, conforme Autos de Constatação de f. 637/647; que a prática de venda casada viola a legislação consumerista; que a conduta da parte ré viola, ainda, o princípio da boa-fé objetiva. Dito isso, pugna pelo conhecimento e provimento de seu apelo.

Devidamente intimada (f. 768), a parte ré não apresentou contrarrazões, conforme se vê da certidão lançada à f.768-v.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 782/784, pugnando pelo provimento do recurso.

À f.784-v, vieram-me os autos conclusos para julgamento.

Da incidência do novo CPC.

De início, registro que já está em vigor o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e, considerando que a sentença foi proferida e publicada em sua vigência, é este o código a ser observado no caso, nos termos do Enunciado Administrativo nº 2 do Superior Tribunal de Justiça, do seguinte teor:

> Enunciado Administrativo nº 2/STJ. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Feitas essas colocações, prossigo no exame do apelo.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Apelação isenta de preparo, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85.

Preliminares.

Não há preliminares a serem enfrentadas.

Mérito.

O ponto central posto em discussão consiste em verificar a caracterização, ou não, de prática de venda casada entre o serviço de *internet* banda larga SCM e o serviço telefônico fixo comutado (STFC), comercializados pela parte ré, ora apelada.

Pois bem.

Primeiramente, tem-se que a empresa demandada enquadra-se no conceito de fornecedor insculpido no art. 3º do Código Consumerista, e os substituídos pelo Ministério Público Estadual, na presente relação processual, no conceito de consumidor, previsto no art. 29 do mesmo diploma normativo, que traz a definição de consumidor equiparado potencial ou virtual (todas as pessoas, determináveis, ou não, expostas às práticas comerciais).

Não fosse isso, sobreleva anotar que a venda casada, assim entendida aquela cujo fornecimento de produto ou serviço é condicionado ao fornecimento de outro, configura prática abusiva, expressamente vedada pelo art. 39, inciso I, também do Código de Defesa do Consumidor, a saber:

> Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:
>
> I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; (destaquei) [...].

Nesse contexto, a meu sentir, da análise detida dos autos, verifica-se que a razão assiste ao Ministério Público Estadual.

Ora, os documentos de f. 97/102 comprovam a prática reclamada, vale dizer, a venda casada do serviço de comunicação multimídia (SCM) com o serviço telefônico fixo comutado (STFC), não havendo a possibilidade de contratação em separado desses serviços.

Referida documentação revela, inclusive, um diálogo entre a atendente da apelada e um consumidor que pretendia adquirir o serviço de comunicação multimídia - *internet* - mas que para tanto seria obrigado a adquirir o serviço de telefonia fixa. O diálogo é claro neste sentido:

> [...] Vanessa: preciso ter telefone fixo em casa para colocar a internet?
>
> Josiane: sim.
>
> Vanessa: e alinha ficará ocupada quando eu estiver utilizando a internet?
>
> Josiane: não, a linha não fica ocupada.
>
> Vanessa: então por que necessito de telefone fixo?
>
> Josiane: pois o serviço é entregue pela linha telefônica.
>
> Vanessa: nesse caso eu ainda vou ter que pagar aquela assinatura do telefone fixo?
>
> Josiane: sim, mas não é assinatura, é franquia. [...] (Destaquei - f. 97/98. Vanessa: um dos consumidores; Josiane: atendente da parte ré).

Consta ainda dos autos (f. 87/91v.) que a parte ré foi notificada pela Anatel para que cessasse a prática de venda casada, sob pena de multa de R$1.000.000,00 (um milhão de reais), senão vejamos:

> Determinar à Cia da Telecomunicações do Brasil Central, CNPJ nº 71.208.516/0001-74, que interrompa, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da notificação desta decisão, prática que implique: i) venda casada do SCM com outros serviços de telecomunicações, inclusive STFC; ii) condicionamento de vantagens para o assinante do SCM mediante contratação do STFC ou de outro Serviços de Telecomunicações, salvo promoções; iii) exigência de ônus excessivos ao interessado na contratação do SCM, quando comparado à oferta em conjunto com outros serviços de telecomunicações, que possam forçar a contratação de serviços em separado, inclusive a fixação de preço do serviço em separado em valor superior à oferta conjunta de menor preço contendo SCM de características semelhantes.

Como se não bastasse, mesmo após a notificação da Anatel e do ajuizamento desta ação civil pública, em 6/9/2010 (f. 3), a parte rá ainda insistiu em praticar a denominada venda casada, conforme se infere do Auto de Constatação de f. 637/647, data de 14/4/2016.

Como se vê, o Auto de Constatação foi lavrado no ano de 2016, ou seja, 6 (seis) anos após o ajuizamento da presente demanda e da notificação da Anatel.

Restou apurado em referido Auto que a apelada exigia valor superior/ excessivo dos consumidores interessados na contratação do SCM, quando comparado à oferta em conjunto com outros serviços, configurando a ocorrência da prática de venda casada.

Incumbia à parte ré, ora apelada, o ônus processual de demonstrar o contrário, o que não aconteceu (art. 373, inciso II, do CPC/15).

Dessa forma, comprovada a prática de venda casada, impõe-se a reforma da r. sentença recorrida.

A propósito, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> Administrativo e processual civil. Violação do art. 535 do CPC. Omissão inexistente. Ação civil pública. Direito do consumidor. Telefonia. Venda casada. Serviço e aparelho. Ocorrência. Dano moral coletivo. Cabimento. Recurso especial improvido. - Trata-se de ação civil pública apresentada ao fundamento de que a empresa de telefonia estaria efetuando venda casada, consistente em impor a aquisição de aparelho telefônico aos consumidores que demonstrassem interesse em adquirir o serviço de telefonia. - Inexiste violação ao art. 535, II do CPC, especialmente porque o Tribunal a quo apreciou a demanda de forma clara e precisa e as questões de fato e de direito invocadas foram expressamente abordadas, estando bem delineados os motivos e fundamentos que a embasam, notadamente no que concerne a alegação de falta de interesse de agir do Ministério Público de Minas Gerais. - É cediço que a marcha processual é orquestrada por uma cadeia concatenada de atos dirigidos a um fim. Na distribuição da atividade probatória, o julgador de primeiro grau procedeu à instrução do feito de forma a garantir a ambos litigantes igual paridade de armas. Contudo, apenas o autor da Ação Civil Pública foi capaz de provar os fatos alegados na exordial. - O art. 333 do Código de Processo Civil prevê uma distribuição estática das regras inerentes à produção de prova. Cabe ao réu o ônus da impugnação específica, não só da existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, como também da impropriedade dos elementos probatórios carreados aos autos pela *ex adversa*. Nesse ponto, mantendo-se silente o ora recorrido, correto o entendimento de origem, no ponto em que determinou a incidência do art. 334, II, do CPC e por consequência, ter recebido os documentos de provas do autor como incontroversos. - O fato de ter as instâncias de origem desconsiderado a prova testemunhal da recorrida - porquanto ouvida na qualidade de informante - não está apto a configurar cerceamento de defesa, pois a própria dicção do art. 405, § 4º, do CPC, permite ao magistrado atribuir a esse testemunho o valor que possa merecer, podendo, até mesmo, não lhe atribuir qualquer valor. - Não tendo o autor sido capaz de trazer aos autos provas concretas de sua escorreita conduta comercial, deve suportar as consequências desfavoráveis à sua inércia. Fica, pois, afastado possível violação aos art. 267, VI, 333, II e 334, II do CPC. - A possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial. - O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa. 9. Há vários julgados desta Corte Superior de Justiça no sentido do cabimento da condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública. Precedentes (EDcl no AgRg no AgRg no REsp nº 1440847/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. em 7/10/2014, *DJe* de 15/10/2014; REsp nº 1269494/MG, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, 2ª Turma, j. em 24/9/2013, *Dje* de 1/10/2013; REsp nº 1367923/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. em 27/8/2013, *DJe* de 6/9/2013; Resp nº 1197654/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. em 1/3/2011, *DJe* de 8/3/2012.) - Esta Corte já se manifestou no sentido de que "não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso, que dê ensanchas à responsabilidade civil. Ou seja, nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade. Nessa medida, é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva". (REsp nª 1.221.756/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 10/2/2012). - A prática de venda casada por parte de operadora de telefonia é capaz de romper com os limites da tolerância. No momento em que oferece ao consumidor produto com significativas vantagens - no caso, o comércio de linha telefônica com valores mais interessantes do que a de seus concorrentes - e de outro, impõe-lhe a obrigação de aquisição de um aparelho telefônico por ela comercializado,

> realiza prática comercial apta a causar sensação de repulsa coletiva a ato intolerável, tanto intolerável que encontra proibição expressa em Lei.nº 12. Afastar, da espécie, o dano moral difuso, é fazer tabula rasa da proibição elencada no art. 39, I, do CDC e, por via reflexa, legitimar práticas comerciais que afrontem os mais basilares direitos do consumidor. - Recurso especial a que se nega provimento. (Recurso Especial nº 1.397.870 - MG - 2013/0143678-9 - 2ª Turma, do STJ - Rel. o Ex.mo. Min. Mauro Campbell Marques - j. em 2/12/2014).

No mesmo sentido, eis as seguintes decisões deste e. Tribunal:

> Apelação. Ação civil pública. Falta de interesse processual. Rejeição. Mérito. Contratação de *internet* junto a TV por assinatura. Venda casada. Comprovação. - Não há falta de interesse processual se o motivo pelo qual se aduz a ausência do interesse - Análise da questão de a apelante oferecer ou não a possibilidade de contratação dos serviços isoladamente - É matéria de prova que se confunde com o mérito do processo e, como tal, deverá ser analisado. - Configura-se a prática abusiva da venda casada o fato de a ré vincular a contratação do serviço de TV por assinatura como condição para a contratação do serviço de acesso à *internet* Banda Larga. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.13.195388-7/001, JD Convocado Octávio de Almeida Neves, 15ª Câmara Cível, j. em 3/8/2017, p. em 11/8/2017).

> Ação civil pública. Ministério público. Legitimidade. Valor da causa. Impugnação. Cerceamento de defesa. Seguro de vida em grupo. Interesse individual homogêneo. CDC.Aplicação. Cláusulas abusivas - dano moral. Condenação genérica. Possibilidade. Pena cominatória. Critérios de fixação. Venda casada. Vedação. Devolução dos valores indevidos. Forma simples. Honorários. Condenação. Recolhimento ao estado. Efeitos da sentença. Limites. Comarca do prolator. - Em se tratando de seguro de vida em grupo, é legítima a atuação do Ministério Público para a propositura da ação coletiva, porque, no caso, a situação é genérica para todos aqueles consumidores, não havendo a necessidade de exame particularizado da situação de cada um deles. O valor da causa, em ação civil pública que visa a manutenção de contrato de seguro de vida em grupo, modificado unilateralmente pelo fornecedor, deve corresponder ao valor da pretensão, mas este é de natureza meramente estimativa, ante a ausência de elementos objetivos para sua estipulação. Por não ter uma base objetiva de estima, o valor da causa, em ação civil pública, visando a prevenção de lesão a consumidores, não pode ser o parâmetro para a fixação dos honorários advocatícios. É direito da parte requerer a prova que entenda necessária para corroborar suas alegações, mas não ocorrendo cerceamento de defesa pelo indeferimento de prova inútil ao desate da lide. As operações entre segurados e seguradora ficam submetidas às condições e limites preconizados no Código de Defesa do Consumidor. Nas relações jurídicas submetidas às disposições do CDC, a existência de cláusula contratual abusiva pode ser revista, com restituição do indébito, mas de forma simples, não em dobro. Exigindo-se do consumidor, no ato da contratação, que também contrate os serviços de um determinado banco como única forma de pagamento das parcelas do contrato, incorre o fornecedor na prática abusiva de "venda casada", prevista no art. 39, I do CDC. Os efeitos da sentença, em ação coletiva, são restritos à área de competência territorial de seu prolator. O valor da pena cominatória deve ser suficiente para inibir a prática da conduta ilegítima, não havendo um teto pré-fixado, como nas cláusulas penais contratuais, conforme art. 461, § 4º, e 464, ambos do CPC. Sendo julgada procedente a ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, a condenação do réu em honorários advocatícios é devida como ônus da sucumbência, não havendo que se aguardar que cada beneficiário promova a execução, pois não há certeza de que haverá tal interesse. Referida verba deverá ser recolhida aos cofres do Estado. (TJMG - Apelação Cível nº 2.0000.00.481550-1/000, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. em 9/9/2005, p. em 12/10/2005).

Diante dessas considerações, restando comprovada a prática de venda casada, impõe-se a reforma da r. sentença recorrida.

Dispositivo.

Posto isso, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e, por conseguinte, julgar procedentes os pedidos formulados na inicial, nos termos do art. 487, I do CPC/15, para determinar que a parte ré:

> I) não exija, condicione ou imponha a contratação e pagamento de serviços de comunicação multimídia (SCM) à adesão de outros serviços de telecomunicação, inclusive o serviço telefônico fixo comutado (STFC);
>
> II) abstenha-se de suspender a prestação do serviço de comunicação multimídia (SCM) em razão da não contratação, ou não pagamento dos serviços de telecomunicações, inclusive o serviço telefônico fixo comutado (STFC);
>
> III) volte a fornecer o serviço àqueles que eventualmente tenham sido privados dele, pelo motivo de não contratação, ou não pagamento dos serviços de telecomunicações, inclusive o serviço telefônico fixo comutado (STFC);
>
> IV) abstenha-se de exigir ônus excessivos aos interessados na contratação do SCM, quando comparado à oferta em conjunto com outros serviços de telecomunicação, capacitativos de forçar a contratação de serviços em venda casada;
>
> V) abstenha-se de usar do preço do SCM como mecanismo de recusa de oferta do serviço separado, inclusive a fixação de preço deste em valor superior à oferta conjunta de menor preço contendo SCM de características semelhantes;
>
> VI) informe a todos os assinantes de serviços de comunicação multimídia (SCM), principalmente os de *internet* de banda larga, individualmente, o teor das obrigações impostas nesta decisão, a fim de possibilitar o efetivo direito de escolha àqueles que assinaram o serviço de telecomunicação, inclusive o serviço telefônico fixo comutado (STFC), desnecessariamente.

Transitada em julgado, oficie-se a Anatel para fiscalização de eventuais descumprimentos.

Custas processuais, inclusive as recursais, pela parte apelada.

Sem condenação em honorários advocatícios, por força do art. 128, § 5º, inciso II, alínea *a*, da CR/88.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES APARECIDA GROSSI e AMAURI PINTO FERREIRA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação civel - Indenização - Dano material e moral - Construção em imóvel vizinho - Escorregamento do terreno - Rachaduras em imóveis - Responsabilidasde - Dano material - Comprovação parcial - Restituição - Dano moral - Comprovação - Fixação - Reparação necessária

- Restando apurado que a construção de prédio em imóvel vizinho foi a causadora de rachaduras e outros prejuízos em imóvel do autor, o ressarcimento é medida que se impõe.

- A indenização a titulo de danos materiais deve estar cabalmente comprovada nos autos, e, estando, inexiste por que afastar o seu ressarcimento.

- Existindo prova de que os prejuízos materiais decorrentes de vicio de construção geraram abalo emocional na parte, quer seja pela gravidade ou pelo tempo de demora no reparo, é de se considerar a existência do dano moral.

- A indenização por danos morais deve ser arbitrada com fundamento nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, levando-se em conta que sua finalidade é compensar o sofrimento impingido à vítima e desestimular o ofensor a perpetrar a mesma conduta.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.19.044250-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: CMB Construtora Ltda, Fernando Antonio Fonseca - Apelado(A)(S): CMB Construtora Ltda, Fernando Antonio Fonseca - Relator: DES. ALEXANDRE SANTIAGO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 12 de junho de 2019. - *Alexandre Santiago* - Relator.

Voto

DES. ALEXANDRE SANTIAGO - Trata-se de recurso de apelação interposta contra a sentença de ordem 162/163, proferida pelo MM. Juiz da 26ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que julgou procedente, em parte, os pedidos iniciais formulados nos autos de Indenização por Danos Materiais e Morais, ajuizada por Fernando Antonio Fonseca em face de CMB Construtora Ltda.

A decisão considerou que, diante dos documentos carreados aos autos e provas produzidas, restou inconteste que a edificação do imóvel feito pela requeridas causou os prejuízos no imóvel do autor, o que, diante dos fatos, também conduziu ao dano moral.

Inconformada, a parte autora apresenta apelação sob ordem 165, pretendendo, em suma a majoração do valor a titulo de danos materiais bem como o fixado a titulo da danos morais.

Argumenta em relação aos danos materiais que o importe total é de R$11.820,39, e não o valor indicado pelo magistrado, bem como que o valor fixado a titulo de dano moral não compensa o prejuízo que adveio da situação provocada pelo requerido.

Recurso sem preparo em função de a parte litigar sob os auspícios da gratuidade judiciária.

Por sua vez, a parte requerida se irresignou sob ordem 167, ao argumento que a decisão primeva necessita ser modificada tendo em vista a consideração de total improcedência do pleito inaugural.

Destaca em sua peça recursal que pelas provas dos autos restou inconteste que não teve qualquer responsabilidade no evento descrito pelo autor como ocorrido em seu imóvel, uma vez que restou demonstrado pela planta junto a Municipalidade que aquela área dita como afetada não existiria sendo, portanto, a construção irregular e os danos são decorrentes de tal construção irregular. Destaca ainda que também é fato, pelas provas dos autos que o muro de divisa dos imóveis não teve qualquer abalo ou rachadura, o que leva a considerar que qualquer responsabilidade a construção promovida por ele teve sobre o imóvel do autor, uma vez que qualquer irregularidade de construção refletiria imediatamente sobre o muro, fato que não ocorreu.

Recurso regularmente preparado.

Devidamente intimado, o requerido apresentou contrarrazões sob ordem 171 e o autor sob ordem 173, pretendendo a manutenção dos fundamentos dos recursos.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

No mérito, tratam os autos de Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais em decorrência da alegação, pelo autor, que a construção do prédio pelo recorrido em imóvel vizinho acarretou prejuízos materiais em seu imóvel, que não tendo sido sanado a tempo gerou também prejuízo de ordem moral.

Por sua vez, a parte requerida argumenta que não teria qualquer responsabilidade sobre o evento descrito como danoso, primeiro porque a construção seria irregular na medida que não constava da planta junto a Municipalidade e segundo porque restou comprovado que o muro de divisa dos imóveis ora analisados não possui qualquer resquício de não observação da construção da maneira como deveria ser, fazendo certo que foram observados todos os comandos referentes a construção e que os prejuízos descritos seriam consequentes de construção irregular pela parte.

A decisão, por sua vez, assim considerou:

> Pelo exposto e por tudo mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial para condenar a parte ré a pagar à autora a quantia de R$ 5.566,21 (cinco mil e quinhentos e sessenta e seis reais e vinte e um centavos), a título de danos materiais, bem como o importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais) pelo dano moral sofrido. Tais quantias devem ser acrescidas de juros, a partir da citação, e correção monetária, a partir da distribuição, até a data do efetivo pagamento, utilizando-se os índices da Contadoria Judicial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.
>
> Como o autor decaiu de quantia mínima do pedido, condeno a parte requerida ao pagamento das custas e demais despesas processuais, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, §2º, do novo CPC.

É mister tecer uma análise acerca dos elementos caracterizadores da Responsabilidade Civil. Por isso, colaciona-se abaixo os principais dispositivos do Diploma Civil que tratam do assunto:

> 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.

O mestre Caio Mário da Silva Pereira, dissertando sobre a temática, preleciona que, dos preceitos legais supra, extraem-se os seguintes requisitos:

> a) Em primeiro lugar, a verificação de uma conduta antijurídica, que abrange comportamento contrário a direito, por comissão ou por omissão, sem necessidade de indagar se houve ou não o propósito de malfazer; b). em segundo lugar, a existência de um dano, tomada a expressão no sentido de lesão a um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial; c). e em terceiro lugar, o estabelecimento de um nexo de causalidade entre uma e outro, de forma a precisar-se que o dano decorre da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que sem a verificação do comportamento contrário a direito não teria havido o atentado ao bem jurídico. (Instituições de Direito Civil, Forense, 12a. ed., vol. I, p. 457)
>
> A iliceidade de conduta está no procedimento contrário a um dever preexistente. Sempre que alguém falta ao dever a que é adstrito, comete um ilícito, e como os deveres, qualquer que seja a sua causa imediata, na realidade, são sempre impostos pelos preceitos jurídicos, o ato ilícito importa em violação do ordenamento jurídico. Comete-o comissivamente quando orienta a sua ação num determinado sentido, que é contraveniente à lei; pratica-o por omissão, quando se abstém de atuar, se deve fazê-lo, e na sua inércia transgride um dever predeterminado. Procede por negligência se deixa de tomar os cuidados necessários a evitar um dano; age por imprudência ao abandonar as cautelas normais que deveria observar; atua por imperícia quando descumpre as regras a serem observadas na disciplina de qualquer arte ou ofício (*Instituições de Direito Civil*, vol. I, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 416).
>
> O ato ilícito tem correlata a obrigação de reparar o mal. Enquanto a obrigação permanece meramente abstrata ou teórica, não interessa senão à moral. Mas, quando se tem em vista a efetiva reparação do dano, toma-o o direito a seu cuidado e constrói a teoria da responsabilidade civil. Esta é, na essência, a imputação do resultado da conduta antijurídica, e implica necessariamente a obrigação de indenizar o mal causado. (*Instituições de Direito Civil*, vol. I, 18. ed., Rio de Jneiro: Forense, 1995, p. 420).

Sobre a temática em testilha, a jurisprudência de nossos Tribunais, já há muito pacificada, é a seguinte:

> Para a procedência da ação de indenização por ato ilícito, bastam as provas de seus requisitos legais, que são: o prejuízo, a culpa e o nexo de causal entre a ação ou omissão e o dano. (RJTAMG 2/197)

Assim, segundo a regra geral da Responsabilidade Civil adotada no Brasil, para que surja o dever de indenizar, é necessária a junção de um ato ilícito, de culpa, em sentido amplo, de um dano e de um nexo de causalidade entre o primeiro e o último.

Com relação a responsabilidade no evento ora analisado, importante destacar o que ressaltou o laudo pericial, produzido sob o crivo do contraditório:

7. Conclusão.

De acordo com as informações levantadas durante as diligências realizadas, não haviam fissuras e outros danos causados por vícios de construção na casa do requerente antes do início da obra realizada pelo

requerido. Com o início das obras e o rebaixamento do terreno para a construção de uma estrutura de contenção na divisa entre os imóveis, ocorreu um deslocamento do terreno sob a residência do requerente, que provocou o surgimento de fissuras nas paredes, danos na tubulação de água, no tanque de lavar roupa e na caixa de gordura desta residência. (doc.ordem 90)

Por sua vez, a prova testemunhal se vez no teor a seguir transcrito: "que a depoente é vizinha 'parede meia' do autor; que a depoente mudou para o local em 1980 e nunca houve problemas de rachaduras; que a casa da autora e a casa do réu apresentaram rachaduras logo que começou a construção do prédio pela empresa ré".

Dada a palavra ao ilustre advogado do autor, respondeu: "que o prédio construído pela ré fica na esquina das ruas Jucá Ferraz e Malaquito; que outros imóveis apresentaram rachaduras; que antes da construção do prédio não havia problemas de rachaduras nos imóveis".

Dada a palavra ao ilustre advogado do réu, respondeu: "que no quintal da residência da depoente não há nenhuma construção; que não houve nenhuma construção nos quintais das casas vizinhas; que a residência da depoente faz divisa com a obra da ré: que a depoente, vendo a foto 28 da Pag. 26 do Id 34126858, afirma que reside na residência contígua, à direita do muro preto; que a casa do autor é a que possui o muro preto; que a depoente reconhece as trincas das fotos n° 32 e 33 da Pag. 29 do Id 34126858; que tais trincas estão no muro da divisa do imóvel da depoente com o vizinho de cirna; que existem trincas no muro que faz divisa com a casa do autor: que o quintal contendo as árvores, na foto 28 da Pag. 26 do Id 34126858 pertence à Elizabete. Nada mais.(doc. ordem 156, f.2/5)".

Analisando todas as provas realizadas nos autos é possível perceber que razão assiste ao autor quanto à alegação de responsabilidade, fato este confirmado pela prova pericial produzida sob o crivo do contraditório, em que pese tamanha irresignação da parte ré no sentido de que não teria qualquer responsabilidade no evento danoso.

Em que pese em todo momento tentar a parte requerida fazer prova de que não tendo existido rachaduras ou mesmo rompimento do muro de divida entre o imóvel do autor e a construção não haveria que se falar em escoamento do terreno de maneira a propiciar as rachaduras no imóvel, tenho que melhor sorte não lhe apraz.

Isto porque o que se evidencia do laudo é que, na construção do muro de arrimo, o muro estava "calçado", uma vez que estavam trabalhando nele, e não o restante do terreno, de forma que o escorregamento do terreno não provocou prejuízo nele.

Noutro norte não podemos perder de vista que a construção não gerou fissuras no muro no qual se trabalhava, mas gerou em imóveis vizinhos, como apurado em sede de prova testemunhal.

Noutro norte, não existiria razão para os danos ocorridos no imóvel senão a construção edificada em prédio vizinho, se antes do inicio das obras não se evidenciavam tais problemas.

Assim, ao mesmo modo considerado pelo magistrado singular, tenho que restou apurada a responsabilidade da requerida no evento descrito como danoso.

Do dano material.

Em relação ao dano material pretende a parte autora a condenação da parte ré ao pagamento do importe de R$11.820,39, ao argumento de que seriam valores com reparos já realizados e outros por se fazer.

Das planilhas apresentadas pelo autor nos autos verifica-se que foi apresentado um orçamento geral no importe de R$5.873,01 de obras a serem realizadas, inclusive munidas de orçamento apresentado por Frederico Santos da Mata, que corresponderia a R$1.899,20 dos serviços já realizados e e R$3.973,81 referente aos serviços a serem realizados.

Assim é que não há que se falar em R$11.820,39, tendo em vista que os valores comprovados como necessários, pelo menos da provas dos autos, são no sentido de valor menor.

Quantos aos serviços já realizados, a parte autora comprovou apenas alguns gastos, a saber: conserto das calhas, no valor de R$400,00 (página 3 do Id 7585534); instalação da caixa de gordura, no valor de R$190,00 (página 1 do Id 7585534); substituição do tanque, no valor de R$295,00 (página 4 do Id 7585534); R$270,00 de serviços hidráulicos; 2) R$380,00 referente ao reparo no piso referente ao vazamento no cano de entrada de água da Copasa e 3) R$25,70, R$23,00 e R$8,70 referentes à compra de materiais., de forma que somam R$1.592,40, que é o que foi apurado na recomposição determinada pelo magistrado singular.

No que tange ao valor pleiteado para reparo do restante do prejuízo decorrente da construção de responsabilidade do réu, no valor de R$3.973,81, é de se compreender que realmente a contestação do requerido foi genérica, não impugnando de forma precisa o que não seria objeto de gasto, de forma que considero o valor como justo.

Destarte, o valor a titulo de ressarcimento material, que deve ser cabalmente demonstrado, restou no valor de R$5.566,21, incluindo as obras ainda por serem feitas.

Do dano moral.

Dano moral, conforme o conceitua S. J. de Assis Neto:

> é a lesão ao patrimônio jurídico materialmente não apreciável de uma pessoa. É a violação do sentimento que rege os princípios morais tutelados pelo direito (Dano Moral - Aspectos Jurídicos, Bestbook, 1998).

Na lição de Yussef Said Cahali:

> Parece razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, 'como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos'; e se classificando, assim, em dano que afeta a 'parte social do patrimônio moral' (honra, reputação etc.) e dano que molesta a 'parte afetiva do patrimônio moral' (dor, tristeza, saudade etc.); e dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.), e dano moral puro (dor, tristeza etc.).
>
> Ou, como entende Artur Deda: 'Não se deve fundar a distinção dos danos, em materiais e patrimoniais, na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos de lesão jurídica. Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja a dor física - dor-sensação, como a denomina Carpenter - nascida de uma lesão material; seja a dor moral - dor-sentimento - de causa material.'" (CAHALI, Yussef Said. *Dano e Indenização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 7).

Acerca desta mesma questão ensina Carlos Alberto Bittar:

> Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social). "Localiza-se, assim, a temática dos danos morais na teoria da responsabilidade civil, na exata medida da consideração da pessoa em si, ou em suas projeções sociais, individualizando-se aqueles nas lesões às sedes assinaladas. São, no fundo, reações na personalidade do lesado e agressões ou a estímulos negativos recebidos do meio ambiente através de da ação de terceiros, que atinjam seus bens vitais, no dizer de Lanrenz.
>
> Com isso, os danos morais plasmam-se, no plano fático, como lesões às esferas da personalidade humana situadas no âmbito do ser como entidade pensante, reagente e atuante nas interações sociais, ou conforme os Mazeaud, como atentados à parte afetiva e à parte social da personalidade". (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1999. 3. ed. rev., atual e ampl. 2ª tir., p. 45 e 46).

Relativamente ao dano, tenho que o mesmo também está demonstrado nos autos.

No caso em comento, o autor e sua família viram-se com o imóvel prejudicado em decorrência da construção de prédio em imóvel vizinho, pelo requerido, com rachaduras que geram preocupações.

A exteriorização de uma situação que foge à normalidade é claro que ensejou angústia e constrangimento ao autor, atingindo-o em sua honra e em seu sentimento de dignidade. Assim, restou evidente o dano moral sofrido por ele.

Finalmente, restou demonstrado o nexo causal, pois o dano suportado pelo autor decorreu exatamente da conduta ilegal do requerido.

Assim, devida se mostra a indenização por danos morais.

Quanto ao valor da indenização, é certo que o problema da quantificação do valor econômico a ser reposto ao ofendido tem motivado intermináveis polêmicas e debates, até agora não havendo pacificação a respeito.

Tratando da questão da fixação do valor, leciona Caio Mário da Silva Pereira que dois são os aspectos a serem observados:

> a) De um lado, a idéia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia...;
>
> b) De outro lado proporcionar a vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é pretium doloris, porém uma ensancha de reparação da afronta [...] (*Instituições de Direito Civil*, V. II, 16. ed., Forense, 1998, p. 242).

De qualquer forma, doutrina e jurisprudência são pacíficas no sentido de que a fixação deve se dar com prudente arbítrio, para que não haja enriquecimento à custa do empobrecimento alheio, mas também para que o valor não seja irrisório.

Nestas condições e considerada a abrangência dos danos sofridos pelo apelado, reputo razoável e proporcional a condenação do no valor que foi fixado não havendo que se falar em majoração ou minoração

Com estas razões, nego provimento aos recursos.

Custas recursais pelas partes a razão de 50% para cada.

Majoro os honorários advocatícios sucumbenciais devidos ao procurador da parte apelada/autora, nos termos do art. 85, § 11º, do NCPC, no importe de mais 1%, totalizando 16% do valor da condenação. Fixo honorários advocatícios recursais, com arrimo no art.85, §1º, do NCPC, ao procurador do requerido no importe de 30% sobre os honorários advocatícios devidos ao patrono do apelado.

Fica suspensa a execução das verbas sucumbenciais em face da parte autora por litigar sob os auspícios da gratuidade judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO (Juiz de Direito convocado) e MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

• • •

Apelação cível. Preliminar de intempestividade. Rejeição. Execução fiscal. Extinção em razão do pagamento. Art. 924, II, do CPC. Conversão em renda da integralidade dos valores depositados em garantia do juízo. Extinção parcial da dívida no curso do feito. Levantamento a maior de valores. Vedação ao enriquecimento sem causa. Recurso conhecido e provido.

- Não há falar-se em intempestividade, quando interposto o recurso de apelação dentro do interregno de 15 (quinze) dias, previsto no art. 1.003, § 5º, do CPC.

- Uma vez que o numerário penhorado nas contas do devedor teve o condão de caucionar a execução por completo, afigura-se equivocada a conversão de sua integralidade em renda em favor da fazenda pública, quando, no curso da execução fiscal, foi declarada extinta a dívida consubstanciada em uma das CDA's.

- Nesse contexto, tendo em vista que a ordem de conversão em renda da totalidade dos valores constritos implicou enriquecimento ilícito da fazenda pública, ensejando o pagamento de tributo em duplicidade pelo contribuinte, há de se apurar o valor levantado a maior, determinando-se a restituição do saldo ao devedor, sob pena de bis *in idem*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.11.054278-8/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Fernando de Faria Resende - Apelado: Município de Contagem - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2019 - *Bitencourt Marcondes* - Relator.

Voto

DES. BITENCOURT MARCONDES - Trata-se de recurso de apelação interposto por Fernando de Faria Rezende, à sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Marcos Alberto Ferreira (f. 83), da 1ª Vara da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Contagem, que, nos autos da execução fiscal movida pelo Município de Contagem/MG, julgou extinto o feito, em razão do adimplemento do crédito tributário (art. 924, II, do CPC).

Em suas razões de insurgência (f. 84/87), alega que a ordem de liberação da totalidade dos valores penhorados em sua conta bancária, em favor da fazenda pública, afigurou-se equivocada, na medida em que decisão anterior havia determinado a extinção do feito com relação ao crédito tributário materializado na CDA, de f. 03, e a constrição, efetuada antes de tal ato judicial, mostrava-se suficiente para garantir a integralidade da pretensão insatisfeita deduzida na inicial.

Arremata requerendo a reforma da sentença, para que o saldo bloqueado para fins de satisfação da CDA de f. 3, liberado a maior em favor do exequente, seja-lhe restituído, ou, em atenção ao princípio da eventualidade, seja autorizada a compensação do valor com outras exações envolvendo as mesmas partes.

A Fazenda Pública, a seu turno, apresentou contrarrazões às f. 91/93, pugnando, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso, haja vista sua intempestividade. Caso assim não se entenda, no mérito, pleiteia o seu desprovimento.

I - Do juízo de admissibilidade recursal.

O Município de Contagem/MG, em preliminar de contrarrazões, argui a intempestividade do recurso de apelação interposto por Fernando de Faria Rezende.

Razão não lhe assiste.

Compulsando os autos, verifica-se que a sentença objurgada foi publicada no *DJe* de 19/11/2018 (segunda-feira, f. 83), de modo que o prazo recursal, 15 (quinze) dias úteis, para interposição do recurso (art. 219 c/c 1.003, § 5º, ambos do CPC), iniciou em 20/11/2018 (art. 224, § 3º, do CPC), vindo a findar em 10/12/2018 (segunda-feira).

Logo, é tempestivo o recurso, interposto em 10/12/2018, por meio do protocolo postal, conforme se depreende da f. 84v.

Com esses fundamentos, REJEITO A PRELIMINAR, bem como conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

II - Do objeto do recurso.

Versam os autos sobre execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública do Município de Contagem/MG, em desfavor de Fernando de Faria Rezende, objetivando o adimplemento dos débitos tributários consubstanciados nas CDA's nº 6859 e 6860 (f. 03/04), que se referem, respectivamente, a fatos geradores envolvendo a propriedade dos imóveis com os seguintes id 92440234000 e 92440052000.

Após ter sido devidamente citado, o executado compareceu aos autos ofertando bens imóveis em garantia (f. 09/11), os quais, não obstante, foram recusados pela Fazenda Pública, que, ato contínuo, requereu a realização de penhora *online*, por meio do sistema Bacenjud, do valor total de R$7.921,01 (sete mil novecentos e um reais e um centavo), (f. 14/21).

Deferido o pedido pelo juízo *a quo*, a ordem de bloqueio foi integralmente cumprida, consoante relatório de f. 23, sendo o numerário constrito colocado à disposição do juízo (f. 25), que, uma vez garantido, credenciou o devedor a opor os embargos apensados à presente execução fiscal, distribuídos por dependência sob o nº 0079.14.010769-3.

Ao longo da tramitação processual, em razão da notícia de pagamento dos créditos tributários materializados na CDA de f. 3, o juízo de primeiro grau, pela decisão de f. 47, determinou o prosseguimento do feito, exclusivamente com relação à CDA de f. 4, havendo concordância expressa do *exequente* (f. 66).

Pela petição de f. 74, o *exequente* requereu a conversão em renda dos valores que se encontravam garantindo o juízo, o que foi deferido à f. 76, haja vista a improcedência dos embargos opostos à execução. (f. 50/52 e 60 dos autos em *apenso*).

Assim, diante do adimplemento do crédito tributário, extinguiu-se o feito, por sentença, com fulcro no art. 924, II, do CPC.

Irresignado, o devedor, em suas razões de insurgência, alega que a ordem de liberação da totalidade dos valores penhorados afigurou-se equivocada, na medida em que a decisão anterior havia determinado a extinção do feito com relação ao crédito tributário materializado na CDA, de f. 3, e a constrição, efetuada antes de tal ato judicial, mostrava-se suficiente para garantir a integralidade da pretensão insatisfeita deduzida na inicial.

Razão lhe assiste.

Isso porque, conforme visto acima, o numerário penhorado nas contas do devedor, ora apelante, teve o condão de caucionar a execução por completo. Contudo, posteriormente, a dívida constituída pela CDA, de f. 3, foi declarada extinta em razão de seu pagamento, havendo, inclusive, concordância expressa do credor. A partir daí, o feito prosseguiu exclusivamente para fins de satisfação da CDA, de f. 4.

Desse modo, a ordem de conversão em renda da totalidade dos valores constritos certamente implicou o enriquecimento ilícito da Fazenda Pública e o pagamento de tributo em duplicidade pelo contribuinte, o que configura bis *in idem*.

Tanto é assim que a última planilha atualizada de débito, apresentada nos autos pelo exequente, ora apelado (f. 74), datada de 13/6/2018, referia-se exclusivamente à CDA de f. 4 e aos fatos geradores relativos ao imóvel de id 92440052000, apontando o valor atualizado de R$5.959,15 (cinco mil novecentos e cinquenta e nove reais e quinze centavos), ao passo que o montante à disposição do juízo, sem contar os rendimentos, era da ordem de R$7.921,01 (sete mil novecentos e vinte e um reais e um centavo).

Nesse contexto, tendo em vista o enriquecimento sem causa da Fazenda Pública, decorrente do pagamento em duplicidade de tributo, deve-se dar provimento ao recurso, para que, após apurado o valor levantado a maior que se encontrava garantindo a CDA, de f. 3, seja o pertinente saldo restituído ao devedor.

III - Conclusão.

Ante o exposto, REJEITO A PRELIMINAR de intempestividade e dou provimento ao recurso, para determinar seja apurado o valor levantado a maior pela Fazenda Pública, que se encontrava garantindo a CDA de f. 3, bem como seja o pertinente saldo restituído ao devedor.

Custas recursais pelo apelado, ressalvada a isenção de que cuida a norma inserta no art. 10, I, da Lei Estadual nº 14.939/03.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LEITE PRAÇA e VERSIANI PENNA.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. NÃO CONFIGURADA. CULPA EXCLUSIVA DO MOTORISTA DA RÉ. INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE TRÂNSITO. DANOS MORAIS. CONFIGURADOS. PENSÃO MENSAL. POSSIBILIDADE. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. APLICAÇÃO. ABATIMENTO SEGURO DPVAT. IMPOSSIBILIDADE.

- A concessionária de transporte coletivo somente não será responsabilizada nas hipóteses em que o evento danoso se der em virtude de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito externo - aquele acontecimento imprevisível, inevitável, mas não dependente do próprio negócio, e que não tenha qualquer relação com os riscos da empresa - ou força maior.

- Sabe-se que o valor arbitrado a título de danos morais não pode ser fixado irrisoriamente, de forma que não sinta o ofensor as consequências de seu ato, ao passo que não pode ser forma de enriquecimento do ofendido.

- O art. 948 do Diploma Legal estabelece que, na hipótese de falecimento da vítima, a indenização também consistirá na prestação de alimentos às pessoas a quem o ofendido os devia.

- No que tange acréscimo de décimo terceiro ao pensionamento mensal, deve-se considerar que este benefício só poderá compor a indenização se comprovada a relação de emprego da vítima na época do acidente fatal.

- Somente é cabível o abatimento de indenização relativa a reembolso de despesas médicas, pois a indenização do seguro DPVAT por invalidez possui natureza distinta da compensação por dano moral.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0034.09.056130-8/001 - Comarca de Araçuaí - Apelantes: Confiança Companhia de Seguros, Transnorte Transporte Turismo Norte De Minas Ltda. - Apelada: N.V.A.S. - Relator: DES. MARCO AURELIO FERENZINI

Acórdão

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

Belo Horizonte, 6 de junho de 2019. - *Marco Aurélio Ferenzini* - Relator.

Voto- FERENZINI (RELATOR) - Trata-se de recurso de apelação interposto por Transnorte - Transporte e Turismo Norte de Minas Ltda., contra a sentença de f. 517/525, proferida nos autos da ação ordinária ajuizada por N.V.A.S., por meio da qual o juízo de primeiro grau:

- julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para condenar as rés ao pagamento de R$232.500,00 (duzentos e trinta e dois mil e quinhentos reais) a serem pagos à autora, solidariamente, a título de danos morais, com correção monetária nos termos da tabela prática do TJMG, desde a data da sentença, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde o evento danoso;

- condenou as requeridas ao pagamento do valor correspondente a 2/3 (dois terços) do salário mínimo nacional, acrescido do décimo terceiro salário, a serem pagos à autora até completar vinte e cinco anos, solidariamente, a título de pensão mensal, com correção monetária, nos termos da tabela prática do TJMG, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, contados a partir da data de cada vencimento, e pago de uma só vez, a partir da data da condenação, enquanto os posteriores deverão ser pagos no quinto dia útil do mês;

- ressaltou o disposto no art. 533, do CPC, e na Súmula nº 313, do STJ, quanto à constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia da pensão;

- consignou que a obrigação da ré, Confiança Companhia de Seguros, restringe-se aos limites da cobertura securitária da apólice de f. 80/84;

- condenou as partes ao pagamento das custas processuais, no percentual de 20% (vinte por cento), para a autora, e 80% (oitenta por cento), para as empresas requeridas, de forma solidária, suspensa a exigibilidade quanto à autora, ante a concessão dos benefícios da gratuidade da justiça, e observado o disposto no art. 10, inciso I, da Lei Estadual nº 4.939./03;

- condenou as requeridas, solidariamente, ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação;

- em razão da ausência de resistência da *litis* denunciada ao requerimento de intervenção de terceiros, deixou de condená-la ao pagamento dos honorários de advogado da *litis* denunciante;

- condenou a autora ao pagamento de R$1.000,00 (mil reais) a título de honorários advocatícios, em favor das empresas requeridas, suspensa a exigibilidade em razão da concessão da gratuidade de justiça deferida.

Em suas razões de recurso, a apelante ressalta a ausência de culpa pelo falecimento do progenitor da apelada, vez que o veículo, de propriedade desta, transitava em exata conformidade com as regras de trânsito vigentes e em baixa velocidade. Defende que a condenação havida na esfera criminal não deve alcançar o julgamento da ação civil. Afirma que resta comprovado nos autos, através do contexto probatório produzido, que o seu preposto não dispunha de meios para evitar o sinistro, e que uma testemunha asseverou que se ouviu um baque na lateral do ônibus, comprovando a tese, trazida na contestação, de que foi o ciclista que, infelizmente, colidiu com o ônibus que trafegava à sua frente. Salienta que seu motorista não foi negligente ou imprudente, e que agiu respeitando as regras de trânsito.

Registra a ausência de danos morais, sob a alegação de que os documentos juntados pela parte autora não são suficientes para demonstrar o prejuízo por ela sofrido, em razão de qualquer conduta da apelante. Acentua que, caso fosse devida a condenação, deveria ter sido observado o princípio da razoabilidade, uma vez que o dano não pode ser fonte de lucro para a outra parte. Frisa que o valor fixado a título de danos morais, após a devida correção, perfaz o valor de R$515.530,00 (quinhentos e quinze mil e quinhentos e trinta reais).

Esclarece que a sentença recorrida infringe o art. 186, do Código Civil, ao fixar a incidência dos juros de mora a partir do fato danoso. Defende que o pensionamento mensal deve ser fixado até a idade mínima de 18 (dezoito) anos, e que não há que se falar em 13º salário, por ausência de previsão legal. Argumenta que deve ser deduzido da condenação o valor do seguro DPVAT, caso o mesmo tenha sido pago em razão do sinistro narrado nos autos.

Dessa forma, requer o provimento do presente recurso, para reformar a sentença recorrida e julgar improcedentes os pedidos formulados, condenando a recorrida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) do valor da causa.

Eventualmente, pugna pela (i) reforma do valor fixado a título de danos morais por um valor não inferior a R$20.000,00 (vinte mil reais) e não superior a R$50.000,00 (cinquenta mil reais); (ii) que eventuais juros quanto a esta condenação sejam devidos a partir da publicação da sentença; (iii) reforma quanto ao pensionamento, para que seja devido até os 18 (dezoito) anos; (iv) seja deduzido do valor da condenação o montante de 40 (quarenta) salários mínimos referentes ao valor do seguro DPVAT.

Contrarrazões apresentadas as f. 549/552, por meio da qual a apelada requer seja negado provimento ao recurso.

Contrarrazões apresentadas às f. 573/579, pela Confiança Companhia de Seguros - em liquidação extrajudicial, pugnando em preliminar pela concessão dos benefícios da assistência judiciária e requerendo o provimento do recurso de apelação, para que seja reformada a sentença.

A Procuradoria de Justiça, em parecer de f. 559/563, opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Sentença publicada em 22/8/2018 (f. 526), apelação protocolizada em 11/9/2018 (f. 528), acompanhada do respectivo preparo (f. 548/549). Conheço dos recursos por presentes os requisitos de admissibilidade e, nos termos do art. 1.012, do CPC, recebo-o com efeito suspensivo.

MÉRITO.

Cuidam os autos de ação ordinária, ajuizada por N.V.A.S., representada por sua genitora A.S.A., em face da empresa Transnorte Transporte Turismo Norte de Minas Ltda., por meio da qual a autora alegou em síntese que seu pai, E.P.S., foi atropelado pelo veículo da empresa ré, em um acidente causado pelo veículo da recorrida, no dia 4 de setembro de 2008, vindo a óbito logo após o ocorrido. Assim, pleiteou pela condenação da empresa ré ao pagamento do valor de R$244.705,50 (duzentos e quarenta e quatro mil e setecentos e cinco reais e cinquenta centavos) a título de danos materiais, que incluem o pagamento de pensão mensal, e o reembolso quanto às quantias gastas com funeral e a construção do jazigo; e, ainda, a condenação da requerida ao pagamento de R$232.500,00 (duzentos e trinta e dois mil e quinhentos reais) a título de danos morais.

A empresa ré apresentou a contestação de f. 40/51, por meio da qual afirmou a ausência de culpa do motorista da empresa no sinistro. Na oportunidade, acentuou, ainda, a inexistência do dever de indenizar, uma vez que restou configurada a culpa de terceiro e requereu que, caso o pedido de indenização por danos morais fosse considerado, que a condenação fosse a patamar abaixo do pleiteado pela requerente, a fim de evitar o enriquecimento sem causa. Quanto à condenação a título de pensão mensal para requerente, solicitou que fosse devida somente até os 18 (dezoito) anos, ou até os 25 (vinte e cinco) anos, caso estivesse matriculada em alguma universidade. Esclareceu que não há provas quanto às despesas efetuadas com o funeral da vítima. Por fim, destacou a possibilidade de abatimento do valor recebido pelas autoras a título de seguro DPVAT.

Após a denunciação da lide da denunciada Confiança Companhia de Seguros, esta apresentou a contestação de f. 110/125, por meio da qual aceitou a denunciação da lide, dentro dos limites da apólice, e aderiu aos termos da defesa da requerida. Ao final, requereu a dedução do valor recebido pelo seguro DPVAT de eventual indenização.

Sobreveio a sentença de f. 517/525, por meio da qual o magistrado singular julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, para condenar as rés ao pagamento de R$232.500,00 (duzentos e trinta e dois mil e quinhentos reais), a serem pagos a autora, solidariamente, a título de danos morais, bem como ao pagamento do valor correspondente a 2/3 (dois terços) do salário mínimo nacional, acrescido do décimo terceiro salário, a serem pagos à autora, até completar vinte e cinco anos, solidariamente, a título de pensão mensal. Consignou que a obrigação da ré Confiança Companhia de Seguros restringe-se aos limites da cobertura securitária da apólice e condenou as partes ao pagamento das custas processuais, no percentual de 20% (vinte por cento), para a autora, e 80% (oitenta por cento), para as empresas requeridas, de forma solidária, suspensa a exigibilidade quanto à autora, ante a concessão dos benefícios da gratuidade da justiça. Por fim, condenou as requeridas, solidariamente, ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação e condenou a autora ao pagamento de R$1.000,00 (mil reais), a título de honorários advocatícios em favor das empresas requeridas, suspensa a exigibilidade em razão da concessão da gratuidade de justiça deferida.

Inconformada, a ré, Transnorte - Transporte e Turismo Norte de Minas Ltda., interpôs recurso de apelação, requerendo a reforma da sentença recorrida.

Da análise do conjunto probatório dos autos, tem-se que é incontroverso o acidente, ocorrido em 4 de setembro de 2008, que envolveu os veículos de propriedade da empresa ré (ônibus Scania/K113) e o veículo de propriedade do genitor da autora (bicicleta modelo Mountain Bike) - f. 26.

Também, é incontroversa a denunciação da lide, uma vez que a denunciada aceitou a denunciação dentro dos limites da apólice (f. 110/125).

Assim, a controvérsia do presente recurso reside em analisar se houve culpa exclusiva da vítima (genitor da requerente) no evento danoso.

Nos termos do art. 37, § 6º, da CR/88, a responsabilidade das concessionárias de transporte coletivo, como prestadoras de serviço público, é objetiva, devido à aplicação da teoria do risco administrativo.

Assim, a concessionária de transporte coletivo somente não será responsabilizada nas hipóteses em que o evento danoso se der em virtude de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito externo - aquele acontecimento imprevisível, inevitável, mas não dependente do próprio negócio e que não tenha qualquer relação com os riscos da empresa - ou força maior.

Desse modo, para o deslinde da questão, necessário analisar as provas dos autos, a fim de verificar a presença, apenas, do requisito culpa do genitor da apelada, haja vista que o dano e o nexo de causalidade restaram incontroversos.

A empresa apelante sustenta a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, com base no depoimento da testemunha J.T.S. (f. 253/254), que afirmou ser auxiliar de viagem da empresa, e que, no dia dos fatos, estava auxiliando o condutor do ônibus e declarou que:

> [...] o condutor do ônibus errou o caminho e foi alertado pelo depoente; que o depoente disse para o condutor do ônibus virar a direita, no asfalto que dá saída para cidade de Salinas, com o intuito de fazer o retorno, que o condutor do ônibus havia passado por quebra-molas; que deu seta e virou a direita em baixa velocidade (mais ou menos 10km); que no momento que o condutor estava fazendo a curva, o depoente ouviu um bate[...].

Todavia, da análise do conjunto fático-probatório produzido no processo, não há como afastar a culpa do motorista da apelante na ocorrência do sinistro. Isso porque, segundo o boletim de ocorrência de f.21, o condutor do veículo da requerida transitava no sentido Araçuaí/Virgem da Lapa, ao passar por um quebra-molas, acionou as setas e convergiu a direita, momento em que ouviu um barulho estranho, respectivo ao acidente, e que a vítima encontrava-se debaixo do ônibus, juntamente com a sua bicicleta.

Consoante, ainda, o Laudo do Instituto de Criminalística de f. 26/35, é possível observar a conclusão de que o acidente, sob a ótica objetiva, fora causado pelo condutor do veículo da apelante, uma vez que não cumpriu com o que preceitua os art. 28 e 29, inciso I, 35, parágrafo único, 169 e 201, do Código de Trânsito Brasileiro.

Nesse sentido, cumpre observar o que dispõe os supracitados artigos:

> Art. 28. O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito.
>
> Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas:
>
> I - a circulação far-se-á pelo lado direito da via, admitindo-se as exceções devidamente sinalizadas;
>
> Art. 35. Antes de iniciar qualquer manobra que implique um deslocamento lateral, o condutor deverá indicar seu propósito de forma clara e com a devida antecedência, por meio da luz indicadora de direção de seu veículo, ou fazendo gesto convencional de braço.
>
> Parágrafo único. Entende-se por deslocamento lateral a transposição de faixas, movimentos de conversão à direita, à esquerda e retornos.

Não se pode olvidar, ainda, que os veículos de maior porte e motorizados são responsáveis pela segurança dos menores e não motorizados, nos termos do disposto no art. 29, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro, *in verbis*:

> § 2º Respeitadas as normas de circulação e conduta estabelecidas neste artigo, em ordem decrescente, os veículos de maior porte serão sempre responsáveis pela segurança dos menores, os motorizados pelos não motorizados e, juntos, pela incolumidade dos pedestres.
>
> Assim sendo, consoante o disposto nos art. 28 e 29, § 2º, do CTB, o condutor do veículo deve, a todo momento, dirigir com atenção, uma vez que o veículo da empresa ré, por ser um veículo de maior porte, era responsável pela segurança da bicicleta da vítima.
>
> Dessa forma, analisando as provas contidas nos autos, tem-se que o motorista da requerida não agiu com o devido cuidado ao transitar pela via, e ainda, inobservou a regra contida no art. 38, parágrafo único do Código de Trânsito Brasileiro, senão vejamos:
>
> Art. 38. Antes de entrar à direita ou à esquerda, em outra via ou em lotes lindeiros, o condutor deverá:
>
> [...]

> Parágrafo único. Durante a manobra de mudança de direção, o condutor deverá ceder passagem aos pedestres e ciclistas, aos veículos que transitem em sentido contrário pela pista da via da qual vai sair, respeitadas as normas de preferência de passagem.

Assim, em que pese à testemunha J.T.S. ter declarado em seu depoimento que o veículo da empresa requerida estava em baixa velocidade, tem-se que a apelante não cuidou de demonstrar, por meio de outras provas, que a culpa do acidente foi exclusiva da vítima.

Assim, não há como prosperar a sua alegação, razão pela qual a sentença deve ser mantida nesse ponto.

Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça:

> Apelação cível. Acidente de trânsito. Adoção do rito ordinário. Ausência de prejuízo ao réu. Nulidade não configurada. Ilegitimidade passiva. Rejeição. Concessionária de serviço público. Transporte coletivo. Responsabilidade objetiva. Culpa exclusiva da vítima ou recíproca. Não comprovada. - Inexiste prejuízo ao réu e, consequentemente, nulidade processual, nos casos de adoção do rito ordinário em lugar do sumário, dada a maior amplitude de defesa conferida por aquele procedimento. - Os legitimados ao processo são os sujeitos da lide, ou seja, os titulares do direito material em conflito, cabendo a legitimação ativa ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva, ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão. - A concessionária de serviço público, que, desempenhando atividade de transporte coletivo, provoca acidente, responde objetivamente pelos danos causados, sejam eles usuários, ou não, dos serviços, uma vez que o art. 37, § 6º, da CF/88 não faz qualquer distinção neste sentido. - Deixando a requerida de comprovar a existência de excludente de responsabilidade (culpa exclusiva da vítima) ou mesmo culpa recíproca, é de se manter a sua responsabilidade pelos danos causados. (TJMG - Apelação cível nº 1.0439.15.007623-0/001, Rel. Des. Domingos Coelho , 12ª Câmara Cível, j. em 2/5/2018, p. em 8/5/2018).

> Apelações cíveis. Ação de indenização. Acidente de trânsito. Atropelamento de ciclista. Culpa do motorista configurada. Filho menor. Expectativa de trabalho remunerado a partir dos 14 anos (Súmula nº 491/STF). Indenizações devidas. Sentença mantida. Recursos não providos. - Configurada a culpa do condutor do veículo atropelador que, por imprudência na condução de veículo de grande porte, caminhão, concorreu para o evento que vitimou o menor em sua bicicleta, a obrigação de indenizar pelos danos morais causados é medida que se impõe, uma vez comprovados os fatos, os danos e o respectivo nexo causal. - De acordo com a Súmula nº 491, do Supremo Tribunal Federal "indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado". (TJMG - Apelação cível nº 1.0474.09.044136-8/001, Rel.ª Des.ª Shirley Fenzi Bertão , 11ª Câmara Cível, j. em 14/3/0018, p. em 19/3/2018).

Assim, passa-se à análise dos demais pedidos.

Dos danos morais.

No que se refere aos danos morais, não pairam dúvidas acerca dos abalos sofridos pela autora, que perdeu o seu pai de maneira precoce e repentina.

Quanto ao tema, destaca-se a lição de Hamid Charaf Bdine Júnior (*Responsabilidade Civil e sua repercussão nos Tribunais*. Regina Beatriz Tavares da Silva, coordenadora. São Paulo: Saraiva (Série GV-law), 2008. p. 352/353):

> Sobre o tema do dano moral provocado pela morte, a indenização tem justificativas de várias ordens: Ainda uma vez, Mosset Iturraspe (*El valor de la vida humana*, p. 28) acentua que os aspectos morais ou

> afetivos do falecimento de uma pessoa, por ser notórios, não se fazendo mister maiores explicações. Porém, convém deter-nos em assinalar que a dor, a tristeza, a angústia e a inquietação interior causadas pela perda de um ente querido, constituem um verdadeiro dano moral. O é também a solidão em que às vezes é colocado o que sobrevive; o é assim mesmo, a desintegração do grupo familiar ou de amigos; a perda de quem revestia o caráter do tronco familiar; do filho por nascer, esperança de seus pais; da criatura de escassa idade que alegra os dias dos adultos. E todos esses danos podem ser demonstrados, sem prejuízo que alguns deles, em mérito à relação com pessoa que os invoca, devam presumir-se. E, ademais, tais detrimentos nos sentimentos ou quereres de uma pessoa são, para a concepção jurídica que priva na hora presente, traduzíveis em uma indenização em dinheiro. (SANTOS, 2003, p. 219).

Em arremate ao cabimento inegável da indenização por morte de pessoas queridas, invoque-se Yussef Said Cahali: "Seria, até mesmo, afrontoso aos mais sublimes sentimentos humanos, negar-se que a morte de um ente querido, familiar ou companheiro, desencadeia naturalmente uma sensação dolorosa de fácil e objetiva percepção". (CAHALI, 1998, p. 111).

Trata-se do chamado dano moral *in re ipsa*, isto é, decorre da gravidade da própria ofensa. Sobre o tópico, aduz Sérgio Cavalieri Filho (*Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 86): "Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto*, está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum".

No que diz respeito ao *quantum* indenizatório, é preciso ter em vista que, por ser impossível o retorno da parte lesada ao *status quo* ante, a possibilidade que resta ao julgador é o deferimento de ressarcimento em pecúnia. Sobre o tema, o seguinte ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira (*Responsabilidade Civil*, Forense, 6 ed., 1995, Rio de Janeiro, p. 65):

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

Sabe-se que o valor arbitrado a título de danos morais não pode ser fixado irrisoriamente, de forma que não sinta o ofensor as consequências de seu ato, ao passo que não pode ser forma de enriquecimento do ofendido.

Dessa forma, diante das especificidades do caso concreto e, ainda, atentando-se aos critérios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, o valor da indenização por danos morais, fixado pela Juíza de primeira instância, mostra-se razoável para minimizar a dor sofrida pelo autor, mostrando-se adequado para reparar os danos morais sofridos.

Em relação aos encargos advindos dessa condenação, a indenização fixada será corrigida a contar da publicação da sentença (verbete de Súmula nº 362), e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar do evento danoso (verbete de Súmula nº 54, do STJ), conforme estipulado na decisão.

DA PENSÃO POR MORTE.

Extrai-se da decisão que os réus foram condenados a pagar à autora pensão mensal, no valor de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, acrescido de 13º salário, desde a data do evento danoso até a data em que a

requerente completar 25 (vinte e cinco) anos de idade, corrigida monetariamente nos termos da tabela prática do TJMG, e com aplicação de juros de mora de 1% ao mês, contado a partir da data de cada vencimento, e pago de uma só vez a partir da data da condenação, enquanto os posteriores deverão ser pagos no quinto dia útil do mês.

Com relação à matéria, não se pode perder de vista que a indenização mede-se pela extensão do dano, nos termos do disposto no art. 944, do Código Civil.

O art. 948 do diploma legal estabelece que, na hipótese de falecimento da vítima, a indenização também consistirá na prestação de alimentos às pessoas a quem o ofendido os devia:

> Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:
>
> I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;
>
> II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Sobre o tema, assevera Sérgio Cavalieri Filho (*Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.115):

> Ocorrendo a morte da vítima, a indenização consistirá no pagamento das despesas com tratamento, funeral e luto da família (danos emergentes), bem como prestação de pensão às pessoas a quem o *de cujus* devia alimentos (lucro cessante), consoante o art. 948, do Código Civil. As despesas com tratamento médico-hospitalar deverão ser comprovadas por documentos idôneos.A alusão a alimentos, contida no inciso II do supracitado art. 948 é simples ponto de referência para o cálculo da indenização e para a determinação dos beneficiários. Não se trata de prestação de alimentos, que se fixa em proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, e sim de indenização, que visa a reparar, pecuniariamente, o mal originado do ato ilícito.

A pensão mensal postulada, então, trata de inequívoco lucro cessante, pois diz com aquilo que a vítima deixou de auferir em função da conduta praticada pelo agressor.

O lucro cessante, ainda segundo Sérgio Cavalieri Filho (op. cit., p. 72):

> Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou da produtividade da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.

O fundamento, portanto, da pensão mensal, prevista no artigo 948, II, do Código Civil, é a reparação integral do dano, é a tentativa de colocar a vítima do estado em que se encontrava anteriormente à conduta danosa.

Quanto ao termo final da pensão mensal devida ao demandante, desde a data do óbito até a data em que a requerente completar 25 (vinte e cinco) anos de idade, observa-se que tal condenação não merece reparos, tendo em vista a posição adotada pelo STJ sobre o tema:

> Recurso especial. Civil e processual civil. Morte do pai e marido dos recorridos. Pensão Mensal. Termo final. Dano moral. Redução. Súmula n. 7/STJ. Verba honorária. Base de cálculo. Justiça gratuita. Suspensão do pagamento. Atualização do valor devido. Indexação ao salário mínimo. Não-cabimento. Súmula n. 284/stf. Deficiência na fundamentação. Divergência jurisprudencial. Súmula nº 83/STJ. Omissão no acórdão recorrido. Inexistência. - A pensão mensal a ser paga ao filho menor, fixada em

> razão do falecimento do seu genitor em acidente de trânsito, deve estender-se até que aquele complete 25 anos. (STJ - Min. João Otávio de Noronha, REsp nº 586714/MG Recurso Especial nº 2003/016740-5).
>
> Processual civil. Embargos de declaração. Prequestionamento. Súmula nº 98. Aplicação. Ação de indenização. Acidente de trânsito. Veículo automotor e motocicleta. Morte da vítima. Pensão mensal. Idade limite. - [...] - . II - A pensão devida ao filho menor, em razão de falecimento do seu pai, vítima de acidente de trânsito, deve estender-se até quando aquele completar 25 anos. III - Recurso especial conhecido e provido. (STJ - Min.ª Nancy Andrighi, Resp nº 275274/MG, Recurso Especial nº 2000/0088308-5).

Ainda, no que tange ao pensionamento, depreende-se que o termo inicial de incidência dos juros de mora e correção seja da data do acidente, devidos a partir do vencimento de cada parcela.

Tem-se que, sobre o valor de cada uma das parcelas já vencidas do pensionamento mensal, devem incidir juros de mora de 1% (um por cento) e correção monetária, desde os respectivos vencimentos, por se tratar de obrigação de trato sucessivo, devendo ser reformada a sentença nesse ponto.

A propósito:

> [...] XI - Sobre o valor de cada uma das parcelas já vencidas do pensionamento mensal devem incidir juros de mora de 1% (um por cento) e correção monetária, desde os respectivos vencimentos, por se tratar de obrigação de trato sucessivo. XII - A constituição de capital para garantir o pagamento de pensionamento. (Apelação cível nº 1.0607.09.052282-4/001, Rel. Des. Leite Praça , 17ª Câmara Cível, j. em 1º/8/2013, p. em 7/8/2013)

Por fim, no que tange acréscimo de décimo terceiro ao pensionamento mensal, deve-se considerar que este benefício só poderá compor a indenização se comprovada a relação de emprego da vítima na época do acidente fatal.

No caso dos autos, restou demonstrado o vínculo empregatício, através da carteira de trabalho juntada aos autos, às f. 231/232, que comprovam que a vítima - E.P.S. - era empregado da empresa Fams Comércio e Serviços Ltda., exercendo o cargo de auxiliar de serviços gerais.

Dessa forma, comprovado o vínculo empregatício da vítima, a requerida deverá pagar também o 13º salário.

Nesse sentido:

> Apelação cível. Ação de indenização. Acidente de trânsito. Avanço de parada obrigatória. Culpa do réu comprovada. Danos morais e estéticos. Possibilidade de cumulação. Pensão mensal. Termo final. Inclusão de 13º salário e férias. Compensação de honorários advocatícios. Parte beneficiária de assistência judiciária. Impossibilidade. Corroborando as provas colacionadas aos autos com a alegação de que o acidente se deu por culpa do preposto da empresa requerida, que não parou na preferencial, surge o dever de ressarcir os danos daí decorrentes. Os danos morais e os danos estéticos consubstanciam modalidades diversas, acumuláveis, de lesão aos direitos da personalidade, ainda que derivadas do mesmo fato, porquanto passíveis de exame independente. Na fixação do *quantum* devido a título de danos morais e estéticos, deve-se atentar para as condições das partes, a gravidade da lesão e as circunstâncias fáticas, não se podendo ainda olvidar a repercussão na esfera dos lesados e o potencial econômico-social do ofensor. Não cuidando o autor de comprovar que as lesões ocasionadas pelo acidente o tornaram incapaz para exercer a sua atividade anterior, deve ser mantida a sentença que estabeleceu pensionamento em valor equivalente a 20% do salário por ele percebido à época do acidente. Diante da perda da capacidade laborativa, deve ser concedida pensão mensal vitalícia. Comprovado o vínculo empregatício da vítima, a

> requerida deverá pagar também o 13º salário e o 1/3 de férias, anualmente, no mesmo valor da pensão. Os honorários de sucumbência pertencem ao advogado oposto e não à parte, ficando, portanto, vedada sua compensação. Ademais, enquanto uma das partes litigar sob o benefício da gratuidade judiciária, fica suspensa a exigibilidade da verba honorária que lhe foi imposta, tornando descabida a determinação de compensação dos honorários advocatícios por mais este motivo. V.v. O dano moral já engloba o dano estético, não cabendo condenação em separado. (TJMG - Apelação cível nº 1.0079.01.027678-4/001, Rel. Des. Valdez Leite Machado , 14ª Câmara Cível, j. em 25/3/2010, p. em 15/3/2011).

DA COMPENSAÇÃO DO DPVAT.

Em relação à possibilidade de abatimento do valor recebido pela autora, a título de indenização do seguro DPVAT, tem-se que, nos termos da Súmula nº 246, do STJ, a indenização paga a título de seguro DPVAT deve ser abatida da condenação judicial.

Contudo, somente é cabível o abatimento de indenização relativa a reembolso de despesas médicas, pois a indenização do seguro DPVAT por invalidez possui natureza distinta da compensação por dano moral.

A propósito:

> Indenização. Acidente trânsito. Deserção. Justiça gratuita. Legitimidade passiva. Culpa *in eligendo*. Responsabilidade solidária. Danos morais. *Quantum*. Pensão mensal. Limite. Dependência econômica. DVAT. - […] - O valor da indenização do seguro DPVAT não deve ser abatido da indenização, porquanto seguro de ordem social e obrigatório que não se confunde com a indenização imposta em condenação por acidente de veículo. - […] (TJMG - Apelação cível nº 1.0604.09.014818-9/003, Rel.ª Des.ª Evangelina Castilho Duarte , 14ª Câmara Cível, j. em 7/2/2014, p. em 14/2/2014)

Assim, não havendo condenação a indenização por dano material, a título de reembolso por despesas médicas, incabível qualquer abatimento.

Além disso, não restou provado nos autos que a requerente recebeu a referida indenização pela requerida/apelante, razão pela qual não há como prosperar o pedido de abatimento.

DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA À MASSA LIQUIDANDA

Pugna a apelada, em sede de contrarrazões às f. 573/579, pela concessão dos benefícios da assistência judiciária, já que, por ter sido determinada sua liquidação extrajudicial, em que fica demonstrado o expressivo resultado negativo da empresa, já ficam demonstradas a insuficiência de recursos para arcar com as custas processuais.

Frisa-se que, para fins de com provação da aludida miserabilidade, a recorrente juntou os balancetes às f. 581/623.

Contudo, os balancetes juntados contradizem a miserabilidade alegada, diante da vultosa movimentação financeira.

Ademais o fato de a apelada encontrar-se em liquidação extrajudicial, por si só, não significa que não tenha condições de arcar com as custas processuais.

Nesse sentido:

> Embargos de declaração. Assistência judiciária gratuita. Empresa em liquidação extrajudicial. Omissão. Contradição. Comprovação da hipossuficiência. Deferimento. - São cabíveis os Embargos de Declaração, quando houver omissão, contradição, obscuridade ou erro material no acórdão embargado. - O fato de a agravante encontrar-se em liquidação extrajudicial, por si só, não significa que ela não tenha condições de arcar com as despesas judiciais, visto que somente ao final do procedimento é que será apurada a sua real situação financeira. - Tendo a agravante comprovada, nos autos, sua impossibilidade financeira de arcar com as despesas do processo, deve ser a ela deferida os benefícios da justiça gratuita. (TJMG - Embargos de Declaração-Cv nº 1.0000.18.032139-0/002, Rel. Des. Luiz Artur Hilário , 9ª Câmara Cível, j. em 12/2/2019, p. em 19/2/2019). (grifei)

> Agravo interno. Justiça gratuita. Pessoa jurídica. Ausência de comprovação da hipossuficiência. Indeferimento. É cediço que, segundo o STJ, "ainda que em regime de liquidação extrajudicial, a concessão do benefício da justiça gratuita à pessoa jurídica depende de demonstração de sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais". 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 comprova nos autos a incapacidade financeira para arcar com as custas e despesas processuais, os benefícios da gratuidade de justiça devem ser concedidos. (TJMG - Agravo Interno Cv nº 1.0153.11.006854-8/002, Rel. Des. Cabral da Silva , 10ª Câmara Cível, j. em 5/2/2019, p. em 15/2/2019). (grifei)

É importante ressaltar que, para o convencimento do juízo, tanto originário quanto recursal, acerca da necessidade do deferimento da assistência judiciária gratuita, cumpre ao agravante trasladar aos autos tantas provas quanto possíveis a formar o entendimento do julgador no sentido do deferimento do benefício.

Logo, pela análise dos documentos trasladados aos autos, não há como deferir à recorrente o benefício da assistência judiciária, uma vez que não são aptos a comprovar a hipossuficiência financeira alegada, sendo necessária, para o seu deferimento, a comprovação efetiva e robusta do estado de necessidade.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO e de ofício, determino que, sobre o valor de cada uma das parcelas já vencidas do pensionamento mensal, incidam juros de mora de 1% (um por cento) e correção monetária, desde os respectivos vencimentos, por se tratar de obrigação de trato sucessivo.

Diante da sucumbência mínima da apelante, ficam mantidos os ônus de sucumbência tal como fixados na sentença.

Quanto ao pagamento de honorários advocatícios, a teor do art. 85, § 11 do novo CPC (Lei nº 13.105/2015), majoro para o equivalente a 12% (doze por cento) do valor da condenação (art. 85, § 2º, do novo CPC), tendo em vista o trabalho desenvolvido pelo advogado da parte contrária em sede recursal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VALDEZ LEITE MACHADO e EVANGELINA CASTILHO DUARTE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO

• • •

Direito constitucional - Direito administrativo - Apelação - Ação civil pública por ato de improbidade administrativa - Utilização, em obra particular, de veículo de propriedade de entidade pública, bem como o trabalho de servidores públicos - Dano ao erário e enriquecimento ilícito caracterizados - Violação de princípios da administração - Fixação da penalidade - Princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Recurso desprovido

- Uma vez comprovado o dano ao erário, o enriquecimento ilícito e a violação dos princípios da legalidade e da moralidade, ante o descumprimento, de forma voluntária e consciente, da Lei 8.666/1993, resta configurada a prática do ato de improbidade administrativa.

- Para a fixação das penalidades decorrentes do ato de improbidade administrativa, o julgador deverá observar os princípios da proporcionalidade e da equidade, conforme determina o art. 12, parágrafo único, da Lei federal 8.429/1992.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.19.056827-9/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: Divaldo Rodrigues Soares - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Interessado: Serviço Autônomo de Água e Esgoto - SAAE, Soeli Nunes da Silva - 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 NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2019 - *Moreira Diniz - Relator.*

Voto

DES. MOREIRA DINIZ - Cuida-se de apelação contra sentença do MM. Juiz da 2ª Vara Cível, da comarca de Governador Valadares, que julgou procedente a "ação civil pública por ato de improbidade administrativa", promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra Soeli Nunes da Silva e Divaldo Rodrigues Soares.

A sentença condenou

> I) [...] os requeridos solidariamente à reparação ao erário da importância referentes aos fretes indevidamente realizados, valor este que será apurado em liquidação de sentença, devendo ser computado os fretes dos veículos e os valores das jornadas do trabalho dos servidores envolvidos na indevida tarefa de frete irregular, assim como limpeza e recolhimento de entulhos, valor que deverá ser depositado aos cofres públicos do SAAE devidamente corrigida à data do adimplemento da obrigação; [...] e II) [...] cada um dos requeridos ao pagamento de multa civil equivalente a dois valores da última remuneração

recebida, devidamente corrigida à data do adimplemento da obrigação em benefício do Fundo criado pela Lei Federal 7.347/1985; [...] proibiu III) os requeridos de contratarem com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais, durante o período de 05 (cinco) anos; e suspendeu os direitos políticos dos infratores por três anos, observando o mínimo legal dos tipos infringidos, em atendimento à proporcionalidade do dano causado.

O apelante Divaldo Rodrigues Soares alega que se trata de Ação Civil Pública, onde o IRMP aduz em sua exordial que o apelante feriu os dispositivos normativos da Lei de Improbidade Administrativa e da Constituição Federal, ao realizar comportamento que causou lesão ao erário municipal e atentou contra os princípios da administração pública"; que "por estes fatos alegados o apelante sofreu um processo administrativo junto à Autarquia Municipal SAAE/GV - Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Governador Valadares, onde é servidor efetivo, no cargo de Motorista [...] na ocasião ocupava o cargo comissionado de Diretor de Departamento de Segurança"; que "o resultado do processo administrativo culminou com a exoneração do apelante do cargo comissionado de Diretor de Departamento de Segurança"; que, "de fato, o requerido confirmou em todos os seus depoimentos que Soeli, a 2ª requerida, solicitou ao apelante que autorizasse o transporte de areia e brita em um caminhão do SAAE até sua residência [...] ciente das dificuldades de Soeli (2ª requerida), pois a mesma havia sofrido um acidente e se encontrava com situação muito difícil, "não pensou direito" e permitiu que fosse feito o transporte dos materiais comprados por Soeli, no caminhão do SAAE, sendo que isso ocorreu por duas vezes, conforme confirmado pelos próprios motoristas, doc. (ID11333572, ID 11333563) e já que os mesmos se encontravam trabalhando nas proximidades do local onde teria que pegar os materiais, não pensou que isso traria um problema"; que "das declarações prestadas pelo requerido no Processo Administrativo, extrai-se claramente a ausência de dolo e má-fé"; que "a improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelos depoimentos colhidos pelos envolvidos e outras testemunhas"; que, "apesar de o fato ser incontroverso e confessado pelo apelante, não se pode admitir que esta conduta caracterize improbidade administrativa, quando no máximo é uma irregularidade administrativa que levou o agente à perda de seu cargo comissionado por meio de Processo Administrativo"; que "conforme apuração do valor, o ato havido por ímprobo é de importância mínima e irrelevante R$488,29 (Quatrocentos e oitenta e oito reais e vinte e nove centavos), face ao valor de mais de (R$80.000.000,00) oitenta milhões de reais arrecadados anualmente pela autarquia SAAE de Governador Valadares, sendo de se aplicar, na sua compreensão, o Princípio da Insignificância, de notável préstimo no Direito Penal moderno, a indicar a inaplicação de sanção criminal punitiva ao apelante, quando o efeito do ato agressor é de importância mínima e irrelevante, constituindo a chamada bagatela penal: *de minimis non curat Praetor*"; que "as sanções previstas na Lei 8.429/1992 são de extrema gravidade, devendo o juiz, ao aplicá-las, considerar a gravidade do ilícito para eleger as sanções que sejam compatíveis, a partir dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade"; que cumpre "salientar que o apelante não nega os atos praticados e confessou que realmente autorizou por duas vezes que veículos da autarquia onde é servidor há 25 anos fizessem o transporte de areia e brita na casa da 2ª requerida, que na ocasião era contratada na função de motorista"; que "a conduta do apelante é de menor gravidade, não sendo suscetível de sanções tão severas"; e que se deve reformar a sentença, "dessa feita absolvendo totalmente o apelante desta absurda e exagerada condenação; e, caso seja outro o entendimento de vossas senhorias, sejam individualizadas e delimitadas as sanções aplicadas ao apelante e à segunda requerida".

Recurso respondido (documento de ordem 181).

Há parecer Ministerial (documento de ordem 184), pela manutenção da sentença.

A improbidade administrativa é prevista na Constituição Federal, nos seguintes termos:

> Art. 37 - [...]
>
> § 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A regulamentação dessa norma ocorreu através da Lei federal 8.429/1992, entendendo o Ministério Público (documento de ordem 15), no caso, que os réus praticaram as condutas descritas no art. 9º, *caput*, incisos IV e XII, art. 10, *caput*, incisos II e XIII, e art. 11, *caput*, inciso I, que assim dispõem:

> "Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º. desta lei, e notadamente:
>
> [...]
>
> IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1° desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;
>
> [...]
>
> XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1° desta lei.
>
> [...]
>
> Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:
>
> [...]
>
> II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
>
> [...]
>
> XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1° desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.
>
> [...]
>
> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

> I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência".

Para que se possa falar em improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito, causa lesão ao erário, ou que viole princípios da Administração, é imprescindível que se comprove o elemento subjetivo do agente público.

O art. 10 da Lei 8.429/1992 refere-se à ação ou omissão dolosa ou culposa do agente ao definir a lesão ao erário como ato de improbidade.

Já no caso dos arts. 9º e 11, a doutrina e a jurisprudência dominantes exigem que, além do enriquecimento ilícito e da violação dos princípios norteadores da Administração, seja demonstrado o dolo do agente, para que se possa falar em ato de improbidade, o que é certo, porque a amplitude do dispositivo traria risco para o julgador, induzindo-o a tachar de ímprobas condutas puramente irregulares.

Assim, como forma de amenizar o rigor legislativo, o elemento subjetivo, ou seja, a existência de dolo ou má-fé com a finalidade de atingir fim ilícito, é requisito para o enquadramento fático previsto na tipificação legal.

Neste sentido é a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

> No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública" (*Direito Administrativo.* 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 689).

O elemento subjetivo também é ressaltado por Alberto Ferracini:

> Entende-se por ato de improbidade má qualidade, imoralidade, malícia. Juridicamente, lega-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter" (*Improbidade Administrativa*. São Paulo: Julex Edições, 1997, p. 16).

Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça já destacou a necessidade do elemento subjetivo, nos seguintes julgados:

> Recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Princípios da moralidade e legalidade. Conduta dolosa. Tipicidade do no art. 11 da Lei n. 8.429/1992. 1. O tipo previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/92 é informado pela conduta e pelo elemento subjetivo consubstanciado no dolo do agente. 2. É insuficiente a mera demonstração do vínculo causal objetivo entre a conduta do agente e o resultado lesivo, quando a lei não contempla hipótese da responsabilidade objetiva. 3. Recurso especial provido" (STJ, Resp. 626034-RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, 2ª. Turma, *DJ* de 5/6/2006).

> Agravos regimentais em recurso especial. Direito administrativo. Improbidade. Elemento subjetivo não devidamente demonstrado. Inexistência de dolo apto a caracterizar a improbidade administrativa. - O juízo acerca da ilegalidade do ato tido como ímprobo, sem a devida demonstração do elemento subjetivo dos agentes públicos, não é suficiente para a condenação por improbidade administrativa (precedentes idênticos). [...] - A jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de que se faz necessária a comprovação dos elementos subjetivos para que se repute uma conduta como ímproba (dolo, nos casos dos arts. 11 e 9º e, ao menos, culpa, nos casos do art. 10), afastando-se a possibilidade de punição com base tão somente na atuação do mal administrador ou em supostas contrariedades aos ditames legais

> referentes à licitação, visto que nosso ordenamento jurídico não admite a responsabilização objetiva dos agentes públicos (REsp nº 997.564/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, *DJe* de 25/3/2010). Agravos regimentais providos" (AgRg no REsp 1065588/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, j. em 8/2/2011, *Dje* de 21/2/2011).

Ademais, cumpre ressaltar que a imposição das penalidades previstas no art. 12 da Lei federal 8.429/1992 depende da existência de prova robusta da ocorrência de enriquecimento ilícito, dano ao erário, violação dos princípios norteadores da Administração Pública e/ou má-fé do agente público.

No caso, além de existir prova do dolo/culpa dos réus Soeli Nunes da Silva e Divaldo Rodrigues Soares, ou seja, dos elementos subjetivos, há prova robusta do enriquecimento ilícito, da ocorrência da lesão ao erário e da violação dos princípios norteadores da Administração.

Ou seja, há, nos autos, provas, documentais e testemunhais, que demonstram, de forma clara, que a ré Soeli Nunes da Silva, na época, servidora pública, exercendo a função de motorista dos caminhões do Sistema Autônomo de Água e Esgoto - SAAE, com a anuência e autorização expressa do réu Divaldo Rodrigues Soares, na época, Diretor do Departamento de Segurança, utilizou-se de veículos e mão de obra da autarquia municipal, com a finalidade de transportar materiais de construção até a sua casa, e retirar entulhos de lá.

O réu Divaldo Rodrigues Soares, nas razões recursais, não nega que "confirmou em todos os seus depoimentos que Soeli, a 2ª requerida, solicitou ao apelante que autorizasse o transporte de areia e brita em um caminhão do SAAE até sua residência [...] ciente das dificuldades de Soeli (2ª requerida), pois a mesma havia sofrido um acidente e se encontrava com situação muito difícil, "não pensou direito" e permitiu que fosse feito o transporte dos materiais comprados por Soeli, no caminhão do SAAE, sendo que isso ocorreu por duas vezes, conforme confirmado pelos próprios motoristas, doc. (ID11333572, ID 11333563) e, já que os mesmos se encontravam trabalhando nas proximidades do local onde teria que pegar os materiais, não pensou que isso traria um problema". No entanto, sustenta que não houve má-fé.

Ocorre que, ao contrário do que afirma, não há como falar em ausência de dolo/culpa do réu Divaldo Rodrigues Soares, porque qualquer indivíduo de mediana compreensão tem capacidade para saber que, no âmbito da Administração, é vedada a utilização, em obra particular, de veículo de propriedade de entidade pública, bem como o trabalho de servidores públicos.

Na verdade, o elemento subjetivo pode ser extraído das declarações do próprio apelante, quando afirma que seus atos buscavam beneficiar a ré Soeli Nunes da Silva, porque a mesma *"havia sofrido um acidente e se encontrava com situação difícil"*.

Ou seja, pretendeu com seus atos beneficiar, voluntariamente, particular, em detrimento do interesse público.

Como houve proveito econômico obtido pela ré Soeli Nunes da Silva, em detrimento dos cofres públicos, mediante autorização ilícita dada pelo réu Divaldo Rodrigues Soares, impõe-se a condenação solidária dos réus em ressarcirem o erário.

Portanto, acertadamente, a ação foi julgada procedente, porque a conduta do apelante foi enquadrada no art. 9º, *caput*, incisos IV e XII, no art. 10, *caput*, incisos II e XIII, e no art. 11, *caput*, inciso I, todos da Lei 8.429/1992, estando sujeito às sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade, conforme requereu o autor na petição inicial.

Nesse ponto, observo que não se aplica ao caso o princípio da insignificância. Embora os atos praticados pela parte ré possam, em tese, ter acarretado ao erário despesa de pequena monta - como afirma o apelante, o que se levou em conta na condenação pela prática do ato de improbidade administrativa, previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992, foi a violação dos princípios da moralidade e da impessoalidade, conduta que não pode ser taxada de insignificante; nem muito menos relativizada.

O princípio da moralidade administrativa exige que o administrador público atue sem perder de vista os preceitos éticos, ou seja, deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, como também distinguir o que é honesto do que é desonesto; já o princípio da impessoalidade impõe à Administração o dever de sempre alcançar o interesse público, o qual não pode ser atingido se houver tratamento especial para algum interesse particular.

Tais princípios não foram consagrados no art. 37 da Constituição Federal por acaso; devem ser observados pelo administrador público.

Em relação às penalidades, à luz do princípio da proporcionalidade, e levando em conta o elemento subjetivo, a gravidade das condutas e as condições em que os atos foram praticados, entendo como cabíveis as sanções aplicadas.

A responsabilidade pela reparação ao erário deve recair também sobre o réu Divaldo Rodrigues Soares, Diretor do Departamento de Segurança do Sistema Autônomo de Água e Esgoto - SAAE à época, servidor responsável pela autorização dada no sentido de que os veículos e a mão de obra da autarquia municipal fossem utilizados para transportar materiais de construção até a casa da ré Soeli Nunes da Silva, e retirassem de lá os entulhos encontrados.

Vale ressaltar que a fixação da multa civil aplicada ao réu Divaldo Rodrigues Soares é medida adequada, pois tal sanção visa censurar o ato, desestimular sua repetição por parte dos envolvidos e ainda servir de exemplo para os demais servidores da autarquia municipal; não havendo razão para a sua alteração.

No tocante à proibição de o apelante contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 05 (cinco) anos, também é justificada, considerando a sua atuação no caso, na medida em que possibilitou que particular se beneficiasse de bens públicos, causando dano ao erário, e enriquecimento ilícito.

Pela mesma razão, deve-se manter a pena de suspensão dos direitos políticos, notadamente quando foi imposta no prazo mínimo estabelecido para o ato ímprobo.

Destaca-se que o fato de o réu Divaldo Rodrigues Soares já ter sofrido outras sanções administrativas, conforme o mesmo informa, não pode justificar, por si só, uma eventual redução da penalidade imposta.

E que, ao contrário do afirmado pelo apelante, a condenação levou, sim, em consideração a conduta individualizada de cada réu.

Sendo assim, as penalidades impostas na sentença são adequadas e não merecem ser revistas.

Por fim, em relação às penalidades aplicadas à ré Soeli Nunes da Silva, é importante deixar claro que o apelante não tem legitimidade para a defesa de direito de terceiro.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

Custas, pelo apelante; suspensa a exigibilidade, ante o deferimento da gratuidade de justiça.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DÁRCIO LOPARDI MENDES e ANA PAULA CAIXETA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

Apelação - Ação civil pública - Posto de atendimento bancário - Redução de horário de funcionamento - Impossibilidade - Segurança-prestação de serviço - Dever do banco - Dano moral coletivo - Configuração - Montante - Manutenção

- Em virtude do respeito aos direitos dos consumidores, a redução unilateral do horário de funcionamento dos Postos de Atendimento Eletrônico dos serviços bancários não se insere no âmbito do exercício regular do direito.

- As instituições bancárias devem garantir a segurança aos consumidores que se encontrarem em suas dependências.

- O dano moral coletivo é causado pela vulnerabilidade de direitos transindividuais e afeta a segurança jurídica relativa à proteção legal a estes direitos.

- Considerando que o valor indenizatório atendeu às circunstâncias do caso concreto, sua manutenção é medida que se impõe.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.14.069627-0/005 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Banco do Brasil S/A - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: JUIZ DE DIREITO CONVOCADO ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 26 de junho de 2019. - *Adriano de Mesquita Carneiro* - Relator.

Voto

JUIZ DE DIREITO CONVOCADO ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO - Cuida-se de Recurso de Apelação interposto pelo Banco do Brasil S.A nos autos da Ação Civil Pública, movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, perante o Juízo da 8ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, tendo em vista o inconformismo com a Sentença proferida, às f. 1.266/1.272, que rejeitou as preliminares de ilegitimidade passiva e de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido e julgou parcialmente procedentes os pedidos para:

a) Confirmar a medida liminar para condenar o réu a retornar a serventia padrão dos seus correntistas e consumidores até as 22:00 hs em seus postos de autoatendimento instalados nos locais mencionados pela promovente, sob pena de multa diária fixada em R$5.000,00 (cinco mil reais), com periodicidade inicial de trinta dias;

b) Confirmar a medida liminar para condenar o réu a instalar medidas preventivas de segurança em seus postos de atendimento eletrônicos instalados nos locais mencionados pela promovente, de acordo com planos de segurança submetidos e aprovados pelo Ministério da Justiça, através da Polícia Federal, sob pena de multa diária, fixada em R$5.000,00 (cinco mil reais), com periodicidade inicial de trinta dias;

c) Condenar o réu ao pagamento de danos morais coletivos, no valor de R$50.000,00 (cinquenta mil reais), atualizado pelos índices de correção monetária divulgados pela CJMG, a partir da data da sentença e acrescido de juros legais de um por cento ao mês, contados da citação.

Apela o banco/réu às f. 1.275/1.291, noticiando, primeiramente, os fatos que antecederam a redução dos horários de funcionamento dos postos de autoatendimento na cidade e defendendo que a decisão recorrida não teria aplicado o direito ao fato.

Faz menção específica aos artigos 21, VIII; 22, incisos VI, VII, XVI e 48, XIII, da Constituição Federal, bem como à Lei nº 4.595/1964 e à Resolução nº 2.932, do Banco Central do Brasil.

Argumenta que a redução dos horários de funcionamento dos postos de autoatendimento estaria em consonância com o artigo 6º, do CDC, e acrescenta que, de acordo com a legislação vigente, constitui liberalidade do banco disponibilizar, ou não, meios alternativos de atendimento além do horário mínimo.

Afirma que o não cumprimento do horário padrão de serventia se dá por razões de segurança dos consumidores. Aduz que os Planos de Segurança das Salas de Autoatendimento estão aprovados pela fiscalização federal, não havendo necessidade de instalação de outras medidas.

No que tange à fixação do dano moral coletivo, alega que tal condenação é incabível, ao argumento de que não há nos autos prova de lesões.

Por fim, pede a redução do valor arbitrado a título de danos morais.

Contrarrazões apresentadas às f. 1.294/1.300.

Em despacho de f. 1.307, a parte recorrente foi intimada a sanar as irregularidades no preparo das custas recursais, de acordo com documento fornecido pela Coordenação de Arrecadação e Contadoria - CORAC juntado à f. 1.303.

Manifestou-se a apelante em f. 1.308, requerendo a juntada aos autos da guia e comprovante e pleiteando o prosseguimento ao julgado do recurso.

Em despacho de f. 1.314, os autos foram remetidos à CORAC para certificação de regularidade da complementação do valor devido a título de porte de retorno do Recurso de Apelação.

Manifestou-se a CORAC (folha 1.315) no sentido de confirmar a regularidade do preparo do recurso.

Em parecer de f. 1.318/1321, a Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos ratificou as contrarrazões de f. 1.294/1.300 em sua totalidade, opinando pela confirmação da sentença, prejudicado o recurso voluntário.

É o relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes seus pressupostos de admissibilidade, considerando especialmente a regularização do preparo recursal, conforme atestado pela Corac às f. 1.315.

Esclareço que o presente apelo me foi distribuído em razão da prevenção, porquanto o Desembargador Alberto Diniz Junior foi relator do Agravo de Instrumento nº 1.0702.14.069627-0/001.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face do ora recorrente com o fundamento de compelir a instituição bancária a:

1. Retornar à serventia padrão aos seus correntistas e consumidores pelos facilitadores (caixas eletrônicos) até as 22hs em determinados posto de atendimento - agências situadas nas Avenidas Rondon Pacheco, João Naves de Ávila, José Fonseca e Silva e Floriano Peixoto;

2. Instalar medidas preventivas de segurança em seus postos de atendimento, especialmente aquelas destinadas a proteger a incolumidade dos consumidores;

3. Abater proporcionalmente as tarifas cobradas frente ao serviço não executado;

4. Indenizar todos os correntistas e consumidores que se habilitarem no processo e demonstrem prejuízos havidos pela mitigação da prestação de serviços e

5. Indenizar por danos morais coletivos.

Em sentença, foi reconhecida a parcial procedência da ação para condenar o réu a retornar a serventia padrão dos seus correntistas e consumidores até as 22:00hs em seus postos de autoatendimento instalados nos locais mencionados; bem como na instalação de medidas preventivas de segurança em seus postos de atendimento eletrônicos instalados nas agências mencionadas, de acordo com planos de segurança submetidos e aprovados pelo Ministério da Justiça, através da Polícia Federal.

Também foi decretada a procedência dos danos morais coletivos.

Primeiramente, ressalte-se que o Ministério Público tem legitimidade para as ações coletivas previstas no art. 81 e seguintes do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, *verbis*:

> 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:
>
> I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
>
> II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
>
> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.
>
> Art. 82 - Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
>
> I - O Ministério Público;

> Art. 83 - Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

É que a atual Constituição ampliou o campo de atuação do Ministério Público, conferindo-lhe legitimidade para promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses coletivos e difusos - donde se inserem os direitos do consumidor, conforme expressa previsão na Lei n. 7.347/1985.

O festejado jurista Hely Lopes Meirelles, assim se manifesta sobre a utilização de tal tipo de veículo processual:

> A ação civil pública, disciplinada pela Lei 7.347, de 24.07.1985, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Art. 1º), protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade (*Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*, 15. ed., 1993, p. 117).

Feitas considerações iniciais acerca da natureza da ação proposta, ao exame da matéria combatida em sede recursal.

O banco apelante defende que, de acordo com a legislação vigente, possui liberalidade de disponibilizar, ou não, meios alternativos de atendimento além do horário mínimo.

Afirma que o não cumprimento do horário padrão de serventia se dá por razões de segurança dos consumidores que venham a frequentar as estações de autoatendimento.

Aduz que os Planos de Segurança das Salas de Autoatendimento estão aprovados pela fiscalização federal, não havendo necessidade de instalação de outras medidas.

Entretanto, com todo respeito às opiniões em sentido contrário, tenho que os argumentos apresentados pela instituição bancária recorrente não são suficientes a desconstituir a sentença, conforme passo a explicar.

Aqui, peço vênia para transcrever a fundamentação sentencial que tratou da matéria:

> O réu sustentou o exercício regular do direito previsto na Resolução 2.932/2002, do Banco Central, que contém deliberação do Conselho Monetário Nacional sobre o horário de funcionamento das instituições financeiras, cujo poder normativo complementar estaria reservado no artigo 4º, VIII, da Lei 4.595/64.
>
> Dispõe o artigo 1º, § 1º, da Resolução 2.932/2002, *verbis*:
>
> 'Art. 1º Facultar às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil o estabelecimento, a seu critério e de forma independente, do horário de funcionamento das respectivas sedes e demais dependências, ressalvado o disposto no § 1º.
>
> § 1º Em se tratando de agências de bancos múltiplos com carteira comercial, de bancos comerciais e da Caixa Econômica Federal, deve ser observado o seguinte:
>
> I - o horário mínimo de expediente para o público será de cinco horas diárias ininterruptas, com atendimento obrigatório no período de 12:00 às 15:00 horas, horário de Brasília.'
>
> Saliente-se, de início, que o objeto da discussão travada nos autos não é o horário de atendimento ordinário da agência, mas o horário de disponibilidade de acesso às dependências do Posto de Atendimento Eletrônico (PAE) instalados nas agências mencionadas, ou, nas palavras do próprio réu: restrição do funcionamento de algumas Salas de Auto-Atendimento (f. 542, último §).

O Posto de Atendimento Eletrônico (PAE) constitui-se como a dependência constituída por um ou mais terminais de autoatendimento, subordinada a agência ou sede da instituição, destinada à prestação de serviços por meio eletrônico, podendo ser fixo ou móvel, permanente ou transitório (artigo 7º, da Resolução 4.072/2012, do Bacen).

A hipótese dos autos é claramente de PAE fixo e permanente, uma vez que instalado nas dependências da própria agência bancária e com prestação de serviço continuada, sem qualquer viés de transitoriedade.

É fato notório que as salas de autoatendimento situam-se em setores isoláveis das agências bancárias, de modo a viabilizar regular funcionamento do PAE antes e após o horário de atendimento ordinário da agência, sem comprometimento da segurança da área interna, onde se dá a prestação do serviço ordinário da instituição no horário delimitado pela Resolução do Banco Central.

A própria dinâmica de funcionamento do PAE instalado em agência bancária regular, inclusive com sistema de isolamento de sua área interna, aponta para finalidade precípua do serviço, que é a de viabilizar o acesso dos consumidores aos serviços bancários inerentes fora do horário ordinário de expediente público da instituição, conforme previsto na Resolução do Bacen.

É fato igualmente notório que O funcionamento dos PAEs instalados em agências bancárias se dava até 22:00hs e, inclusive, o réu não negou tal fato na defesa apresentada no procedimento administrativo.

Impõe-se, portanto, considerar que o réu ao adotar a sistemática de funcionamento dos PAEs nas agências referidas e implementar o horário limite de funcionamento às 22:00 horas, criou para o consumidor uma justa expectativa de continuidade sobre as condições, forma e tempo em que o serviço seria prestado.

Dispõe o artigo 30, do CDC:

'Art 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado'.

Sobre a força vinculante da informação, oportuna a lição de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin:

'Por informação quis o CDC, no art. 30, incluir todo tipo de manifestação do fornecedor que não seja considerado anúncio, mas que, mesmo assim, sirva para induzir o consentimento (=decisão) do consumidor. Aí estão incluídas informações prestadas por representantes do fornecedor ou por ele próprio, bem como as que constam em bulas ou em alguns rótulos (não em todos, pois certos rótulos ou partes deles apresentam caráter publicitário). A vinculação atua de duas maneiras. Primeiro, obrigando o fornecedor, mesmo que se negue a contratar. Segundo, introduzindo-se (e prevalecendo) em contratado eventualmente celebrado, inclusive quando seu texto o diga de modo diverso, pretendendo afastar o caráter vinculante. Nesse último aspecto, é impecável a lição de Thereza Alvim: se a proposta publicitária "obriga o proponente, o contrato que dela se originar deverá ser lavrado, seguindo estritamente seus termos". Daí que não impede a vinculação eventual informação do fornecedor, sempre a latere do anúncio, de que as alegações têm mero valor indicativo. Ainda assim, opera, integralmente a forma vinculante do alegado'(*Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto / Ada Pellegrini Grinover ...[et al] - 9. ed - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 269).

Percebe-se, assim, que, no conceito de informação, insere-se qualquer tipo de manifestação do fornecedor.

Nesse contexto, adquire especial relevância para o consumidor no momento que opta pela contratação, a forma, modo, segurança e os períodos em que o fornecedor disponibiliza regularmente seus serviços.

Esse conjunto de fatores que são apresentados ao consumidor, mais que informação ou oferta publicitária, representam o próprio delineamento da conduta do fornecedor na prestação do serviço, adquirindo, portanto, incontrastável relevo na formação da vontade do consumidor em aderir ao contrato.

A forma como o fornecedor usualmente presta seu serviço atua na volição do consumidor com mais determinação que as próprias informações de natureza publicitária, dado o grau de realidade e concretude que apresenta.

Assim, a confiança do consumidor tem pressupostos mais consistentes nos delineamentos objetivos da prestação usual do serviço, do que na própria oferta publicitária.

Inclusive, a forma usual de prestação de serviços tem especial relevância no ordenamento consumerista, tendo o legislador erigido à categoria de prática abusiva a recusa ao atendimento às demandas dos consumidores de acordo com os usos e costumes, conforme preconiza o artigo 39, II, do referido diploma, verbis:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; [...].

A proteção da confiança do consumidor se insere no contexto do princípio da boa fé objetiva, consagrado no artigo 4º, III, do CDC:

Art 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor coma necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Sobre o tema, a lição de Cláudia Lima Marques:

'Koendgen concluiu que há vinculação própria por uso (ato lícito) da publicidade na sociedade de massa. Uma das bases para tal vinculação encontra ele na responsabilidade pela confiança (Vertrauenshaftung) despertada pela atividade dirigida e profissional do fornecedor - confiança que representa o efeito provável daquele tipo de declaração na sociedade (trata-se também de um standard objetivo). A proteção da confiança, mencionada por referido alemão, estaria presente também no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o princípio geral de boa-fé, positivado no CDC, em seu 4º, inc. III, estipula um mandamento de boa-fé (objetiva) a guiar todas as condutas, em especial aquelas que exigem contato com os consumidores, presumidos legalmente como parte vulnerável da relação'.

É de se considerar, portanto, implícita, nos contratos firmados entre réu e seus consumidores, a obrigação do primeiro em disponibilizar a estes a prestação de serviços através dos terminais de autoatendimento instalados nas agências bancárias até as 22:00 hs.

A prestação de serviços até o horário mencionado na inicial é extremamente relevante aos consumidores, pois lhes possibilita a realização de transações bancárias após sua jornada de trabalho.

Dessarte, a redução unilateral do horário de funcionamento dos Postos de Atendimento Eletrônico referidos nos autos, não se insere no âmbito do exercício regular do direito da instituição ré.

O pedido de instalação de medidas preventivas de segurança nos postos de atendimento eletrônico referidos também é pertinente.

O art. 14, *caput* e § 1º do CDC, dispõe que:

'Art. 14. O fornecedor de serviços 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 sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.'

Por sua vez, o art. 20, § 2º, do CDC, preconiza:

'Art 20 [...]

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.'

Incontrastável, portanto, o dever de segurança imposto ao réu na prestação dos serviços aos consumidores que se encontrarem em suas dependências.

O próprio funcionamento de agência bancária pressupõe a instalação de sistema de segurança com prévia aprovação do Ministério da Justiça, consoante dispõe o artigo 1º, da Lei 7.102/1983:

'Art. 1º É vedado o funcionamento de qualquer estabelecimento financeiro onde haja guarda de valores ou movimentação de numerário, que não possua sistema de segurança com parecer favorável à sua aprovação, elaborado pelo Ministério da Justiça, na forma desta lei' (Redação dada pela Lei 9.017, de 1995) (Vide art. 16 da Lei 9.017, de 1995)

Não bastasse a clareza dos dispositivos legais, há precedente do TJMG sobre o tema:

'É dever da instituição financeira fornecer segurança à integridade física e patrimonial àqueles que se utilizam dos seus serviços, sob pena de responder de forma objetiva, pelos danos que causar. No entanto, a segurança a ser fornecida restringe-se ao interior da agência, já que, fora delas, tal obrigação é do Estado. As simples suspeitas sobre a conduta do seu preposto não são suficientes para atribuir à instituição financeira o dever de indenizar. Inexiste, in casu, o nexo de causalidade entre a conduta do réu e o prejuízo experimentado pela autora. Não há nos autos nenhuma prova no sentido de que a instituição financeira tenha contribuído para a efetivação do mencionado dano' (TJMG - Apelação Cível nº 1.0407.11.001726-3/001, Rel. Des. Alberto Henrique, 13ª Câmara Cível, j em 8/8/2013, p. em 14/8/2013).

A tensão entre o serviço bancário e os agentes criminosos sempre existiu e, aliás, é inerente à própria atividade, a ponto dos estabelecimentos bancários demandarem para o início de suas atividades a instalação de sistema de segurança previamente aprovado pelo Ministério da Justiça.

Finalmente, considerando o dever legal de segurança impostos às instituições bancárias, a ação de agentes criminosos no interior de suas agências, não é considerada fortuito externo, inserindo-se no risco decorrente da própria atividade, conforme já se posicionou o STJ:

'1. Não há falar em usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça ou em ausência da análise dos pressupostos processuais, sob o argumento de que houve ingresso indevido no mérito do recurso especial por ocasião do juízo de admissibilidade, porquanto constitui atribuição do Tribunal a quo, nessa fase processual, examinar os pressupostos específicos e constitucionais relacionados ao mérito da controvérsia, a teor da Súmula 123 do STJ. 2. No tocante à alegada violação ao art. 535 do CPC, o agravante não demonstrou objetivamente sobre quais argumentos o v. acórdão recorrido deixou de se manifestar, o que caracteriza a deficiência na fundamentação recursal, a atrair a incidência da Súmula 284 do STF. 3. "A instituição bancária possui o dever de segurança em relação ao público em geral (Lei n. 7.102/1983), o qual não pode ser afastado por fato doloso de terceiro (roubo e assalto), não sendo admitida a alegação de força maior ou caso fortuito, mercê da previsibilidade de ocorrência de tais eventos na atividade bancária" (AgRg nos EDcl no REsp 844.186/RS, Relator o Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe de 29/6/2012). 4. A ausência de impugnação, na petição de recurso especial, de tema essencial e autônomo do acórdão recorrido inviabiliza o conhecimento do mérito recursal, ante o óbice da Súmula 283/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles." 5. Agravo regimental a que se nega provimento' (AgRg no AREsp 25.280/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 7/5/2013, *DJe* de 11/6/2013).

Desse modo, a hipotética ação delitiva não pode ser erigida em situação extraordinária capaz que gerar a redução do horário de funcionamento dos terminais de autoatendimento instalados nas agências bancárias.

Os planos de segurança apresentados e aprovados pelo Ministério da Justiça, através da Polícia Federal (f. 573/731) não levaram em consideração o horário de funcionamento dos Postos de Atendimento Eletrônico nas dependências das respectivas agências até as 22:00 hs, o que afasta sua prestabilidade na hipótese vertente.

Portanto, o réu deverá submeter ao Ministério da Justiça novos planos de segurança levando em consideração o horário de funcionamento dos Postos de Atendimento Eletrônico nas dependências das respectivas agências até as 22:00 hs.

Conforme muito bem observado pelo douto juízo de origem o objeto da discussão travada nos autos não é o horário de atendimento ordinário da agência - mas o horário de disponibilidade de acesso às dependências dos Postos de Atendimento Eletrônico (PAE) instalados nas agências.

Destarte, inaplicáveis as disposições da delimitação de horário constante da Resolução 2.932/2002 do Banco Central.

Por sua vez, o apelante não infirmou a conclusão sentencial de que "ao adotar a sistemática de funcionamento dos PAEs nas agências referidas e implementar o horário limite de funcionamento às 22:00 horas, criou para o consumidor uma justa expectativa de continuidade sobre as condições, forma e tempo em que o serviço seria prestado".

Aqui, necessário ressaltar que os serviços bancários possuem interesse eminentemente coletivo, visando atender diretamente aos usuários, sendo que sua prestação não pode sofrer descontinuidade, ainda que

parcial - aqui representada pela redução do horário de funcionamento dos postos de atendimento eletrônico - sob pena de acarretar prejuízos ao seus usuários.

Mantida, portanto, a conclusão sentencial de que a redução unilateral do horário de funcionamento dos Postos de Atendimento Eletrônico referidos nos autos não se insere no âmbito do exercício regular do direito da instituição ré, considerando especialmente o respeito ao ordenamento consumerista.

Em relação à alegação da parte apelante de que os Planos de Segurança das Salas de Autoatendimento estão aprovados pela fiscalização federal, não havendo necessidade de instalação de outras medidas, tenho que não lhe assiste razão.

E assim porque os planos de segurança constantes dos autos (f. 573/731) não levaram em consideração o horário de funcionamento dos Postos de Atendimento Eletrônico nas dependências das respectivas agências até as 22:00 hs.

Destarte, mantida também a condenação do réu na instalação de medidas preventivas de segurança em seus postos de autoatendimento instalados nas agências constantes da inicial, de acordo com planos de segurança submetidos e aprovados pelo Ministério da Justiça, através da Polícia Federal.

Assim, valendo-me da técnica de motivação per relationem, adoto e ratifico os fundamentos constantes da sentença para sua confirmação, como autoriza a jurisprudência dos Tribunais Superiores:

> Recurso especial. Civil. Processual civil. Doação. Nulidade. Fundamentação per relationem. Possibilidade. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Prescrição. Incidência da Súmula 283/STF. Incapacidade. Perquirição acerca da intenção do agente. Desnecessidade. Documentos. Fé pública. Presunção relativa de veracidade. Sentença de interdição. Natureza declaratória e não constitutiva. Natureza da incapacidade. Ausência de interesse prático. Recurso desprovido. 1. A iterativa jurisprudência desta Corte admite a fundamentação *per relationem*, pela qual o julgador se vale de motivação contida em ato judicial anterior e, especialmente, em parecer ministerial, como razões de decidir. [...] 9. Recurso especial conhecido em parte e não provido (REsp 1206805/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 21/10/2014, *DJe* de 7/11/2014).

Para além, ressalto que a técnica de fundamentação *per relationem* é frequentemente adotada por esta Câmara.

Passo a tratar dos danos morais coletivos - reconhecidos em sentença e combatidos pela parte apelante.

No caso dos autos, os danos morais foram reconhecidos ao principal fundamento de que a conduta da ré foi potencialmente danosa à coletividade de seus correntistas, considerando a legítima expectativa de fornecimento do serviço na forma e horários historicamente prestados.

De fato, a coletividade também é dotada de patrimônio moral, composto pelos valores sociais, pela moral pública e pelo respeito à comunidade. Acerca do tema, ensina Carlos Alberto Bittar Filho que:

> Conceituado como a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, o dano moral coletivo é produto de ação que toma de assalto a própria cultura, em sua faceta imaterial. Diante, pois, da evidente gravidade que o dano moral coletivo encerra, exsurge a necessidade de sua efetiva coibição, para a qual está o ordenamento jurídico brasileiro relativamente bem equipado, contando com os valiosíssimos préstimos da ação civil pública e da ação popular, instrumentos afinados da orquestra regida pela avançada Carta Magna de 1988.

> [...] o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em ultima instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial (Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 1994, v. 12, p. 55 e 60)

Ressalte-se ser inconteste o cabimento da condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública.

Assim, o dano moral coletivo – causado pela vulnerabilidade dos direitos transindividuais afeta a segurança jurídica relativa à proteção legal a estes direitos – implicando em sentimento coletivo de intranquilidade do cidadão, repercutindo negativamente na sociedade como um todo.

Despicienda a comprovação efetiva de vexame ou humilhação por parte dos consumidores a fim de embasar a condenação em pagamento de indenização moral, uma vez que os requisitos do dano moral coletivo diferem dos requisitos à responsabilização individual.

No presente caso, a condenação da parte ré ao pagamento de indenização por dano moral decorre do fato de descontinuidade da forma de prestação de serviços bancários, alcançando toda a coletividade, razão pela qual a manutenção da procedência dos danos morais coletivos é medida que se impõe.

Em relação ao valor da indenização, inexiste parâmetro objetivo para se aferir e quantificar, sendo que o valor da indenização deve atender às circunstâncias do caso concreto, não podendo ser irrisório a ponto de nada representar ao agente que sofre a agressão e nem elevado a ponto de propiciar enriquecimento sem causa.

No caso em tela, tenho que tais parâmetros foram observados pelo julgador de origem, razão pela qual incólume a condenação moral, nos parâmetros constantes da sentença.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Condeno a parte apelante no pagamento das custas recursais.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS e SHIRLEY FENZI BERTÃO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Mandado de segurança - Concurso público - Cota racial - Comprovação da condição de pessoa negra - Entrevista - Constitucionalidade - Indeferimento da inscrição - Apreciação do mérito administrativo pelo Judiciário - Impossibilidade - Ordem denegada

- É legítimo o sistema misto de identificação da condição de pessoa negra para a concorrência de vagas relacionadas à cota racial.

- Ao Poder Judiciário não cabe avaliar se as características fenotípicas do candidato atribuem-lhe a condição de pessoa negra, sob pena de indevida incursão no mérito da avaliação realizada pela comissão de verificação.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.18.070218-5/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: Jhéssica Driely Silva Oliveira - Impetrado: Procurador-Geral de Justiça - Relator: DES. MARCELO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em denegar a segurança.

Belo Horizonte, 30 de abril de 2019. - *Marcelo Rodrigues* - Relator.

Voto

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Jhéssica Driely Silva Oliveira contra ato do Procurador-Geral de Justiça, que indeferiu a inscrição da impetrante após a entrevista realizada para a comprovação da condição de pessoa negra.

Sustenta a impetrante que o ato coator se revela quando a Comissão, de forma subjetiva e sem qualquer fundamentação, escolheu quem teria o seu pedido deferido.

Argumenta que o método de avaliação utilizado pela Comissão de Verificação para indeferir a inscrição da impetrante não obedeceu aos critérios previstos no edital, tendo extrapolado os limites ali estabelecidos ao exigir "relato de vitimização por discriminação", como critério de definição de raça, quando o item 7.7. do referido edital prevê "quaisquer outras informações que auxiliem a análise acerca de sua condição de pessoa negra".

Na eventualidade de se considerar válida a interpretação do edital, alega que não pode a Comissão de Verificação exigir critérios que a lei não prevê e ainda aplicá-los de forma parcial.

Alega que a Comissão de Verificação não observou os fatos narrados pela impetrante, que relatou duas ocasiões em que se sentiu discriminada. A primeira aos 16 anos de idade, no estágio de trabalho, quando se referiram a ela como pessoa que em outros tempos faria parte da classe de escravos, e durante uma

conversa com amigos, em que tratavam de descendência italiana e referiram-se à impetrante como de descendência africana.

Requer a concessão de liminar para declarar a nulidade da decisão administrativa e reintegrar a impetrante no certame, com consequente participação na próxima fase, prevista para os dias 4 e 5 de agosto.

Na eventualidade, mesmo não declarando a nulidade da decisão, requer a conversão do indeferimento em deferimento da inscrição, pois a Comissão de Verificação teve acesso a documentos que comprovam a igualdade de cor e fenótipos entre a impetrante e os demais candidatos que tiveram o pedido deferido.

Se assim não entender, pugna por uma nova análise da sessão de verificação, com a conferência de sua entrevista gravada, no sentido de atentar para a narrativa de que sua condição de pessoa parda, bem como determinar que a comissão dê interpretação literal ao item 7.7 do edital.

Ao final, pugna pela concessão da segurança com confirmação da liminar.

À ordem 22 foi indeferida a liminar, e a impetrante interpôs recurso de agravo interno (1.0000.18.070218-5/001), ao qual foi negado provimento.

Informações prestadas à ordem 26.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se à ordem 27.

Em despacho proferido à ordem 28 foi determinada a intimação da impetrante para, querendo, se manifestar sobre eventual perda de objeto.

Embora tenha sido devidamente intimada, a impetrante manteve-se inerte.

É o relatório.

Inicialmente, registre-se que, embora tenha sido determinada a intimação da impetrante para manifestar-se sobre eventual perda de objeto, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a superação da fase da qual o candidato pretendia participar ou mesmo encerramento do certame não acarreta a perda de objeto (REsp 1681156-SP, AgRg no REsp 999416-AL).

Destaque-se que a preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça (ordem 27) confunde-se com o mérito e com ele será apreciada.

Pois bem.

O mandado de segurança é a ação constitucional destinada a amparar direito líquido e certo diante de ameaça ou lesão provocado por ato ou omissão de autoridade pública ou agente no exercício de atribuições do poder público.

Segundo Alexandre de Morais, o direito líquido e certo: "é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado de plano, por documentação inequívoca" (*Direito constitucional*, 7. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2000, p.155-156).

Cinge-se a controvérsia quanto ao direito líquido e certo da impetrante de permanecer no LVI concurso de provas e títulos para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, considerando a sua condição de pessoa negra devidamente comprovada.

Alega que a avaliação da Comissão de Verificação possui alta carga de subjetividade e que o método utilizado não observou os limites do edital, visto exigir relato de vitimização por discriminação como critério de definição de raça, quando a lei do certame prevê "quaisquer outras informações que auxiliem a análise acerca de sua condição de pessoa negra".

Insiste na argumentação de que apresentou dois relatos de discriminação que teria vivido em tempos passados e que os documentos colacionados aos autos demonstram a igualdade de cor e fenótipos entre a impetrante e os demais candidatos que tiveram o pedido deferido.

Em que pesem todas as alegações apresentadas pela impetrante, não se vislumbra meios de conceder-lhe a segurança.

Primeiro, porque o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186-DF, além de ter declarado a constitucionalidade do sistema de cotas raciais, legitimou o sistema de identificação denominado misto, ou seja, não basta a autodeclaração do candidato, sendo admitida a posterior avaliação por um comitê ou comissão a fim de confirmar a condição de pessoa negra.

Logo, não há nenhuma irregularidade na avaliação procedida pela Comissão de Verificação, à qual cabe eleger as informações que satisfazem o esclarecimento da condição de pessoa negra.

Segundo, porque a tese apresentada na inicial vai de encontro com a jurisprudência deste Tribunal de Justiça e dos Tribunais Superiores, no sentido de que ao Poder Judiciário não cabe a realização de nova avaliação da condição de pessoa negra em substituição àquela já realizada pela Banca Examinadora do concurso público, sob pena de indevida incursão no mérito administrativo.

Ora, a competência do Órgão Jurisdicional restringe-se à análise da legalidade do concurso público, bem como se foram observados os princípios constitucionais.

Existem hipóteses em que a jurisprudência tem admitido a anulação de questão objetiva pelo Poder Judiciário. Trata-se das questões que contenham erro grosseiro, tragam conteúdo não previsto no edital ou não possuam resposta dentre as alternativas apresentadas (STJ - AgRg no REsp 1472506-MG).

A doutrina não discrepa:

> A jurisprudência tem se orientado no sentido de que só são passíveis de reexame no Judiciário as questões cuja impugnação se funda na ilegalidade da avaliação ou dos graus conferidos pelos examinadores. O mais comum nesses casos é a chamada prova de múltipla escolha, nas quais apenas uma alternativa é aceita pela banca. Se o interessado comprova que há mais de uma alternativa, a questão é de legalidade, e o Judiciário deve anular a questão, atribuindo ao candidato os pontos que perdeu em relação a ela (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 550).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, em julgamento do RE 632.853-CE, com repercussão geral, entendeu:

> Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Concurso público. Correção de prova. - Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas da-

> das pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. 3. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes. 4. Recurso extraordinário provido (RE 632.853-CE - Relator Ministro Gilmar Mendes - j. em 23/4/2015).

Portanto, repita-se, não é permitido ao Poder Judiciário reavaliar a condição de pessoa negra declarada pela impetrante para concorrer à vaga relacionada à cota racial, cabendo-lhe tão somente apreciar os critérios de avaliação, sem adentrar o mérito da avaliação realizada pela Comissão de Verificação.

Assim, afastada qualquer ilegalidade ou irregularidade no procedimento do concurso público realizado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, não cabe a este órgão jurisdicional adentrar no mérito de verificar se as características fenotípicas da impetrante atribuem-lhe a condição de pessoa negra.

No caso específico dos autos não se vislumbra vício evidente, devendo ser mantido o indeferimento da inscrição da impetrante como candidata cotista, sob pena de ingerência do Poder Judiciário na Administração Pública, suplantando a sua competência e interferindo na vontade do administrador.

Mediante tais fundamentos, denego a segurança.

Custas pela impetrante, suspensa a exigibilidade porquanto amparada pelos benefícios da justiça gratuita.

Conforme Enunciados 512, da Súmula do STF, e 105, da Súmula do STJ, bem como o disposto no art. 25, da Lei 12.016, de 2009, sem condenação em honorários advocatícios de sucumbência.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR, CAETANO LEVI LOPES, HILDA TEIXEIRA DA COSTA e o JUIZ DE DIREITO CONVOCADO BAETA NEVES.

Súmula - DENEGARAM A SEGURANÇA.

• • •

Agravo de instrumento - Ação de interdição - Art. 1.015 do CPC de 2015 - Relação ***numerus clausus*** - Decisão que indefere levantamento de alvará - Recurso não conhecido

- É taxativa a relação das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento contidas no art. 1.015, de 2015.

- A decisão que indefere levantamento de valores não está inserida no rol das hipóteses previstas no art. 1.015 do CPC de 2015, o que patenteia a inadmissibilidade do recurso interposto.

- Agravo de instrumento não conhecido.

V.v.: Agravo de instrumento - Ação de interdição - Artigo 1.015 do novo Código de Processo Civil - RESP nº 1.704.520/MT - Taxatividade mitigada - Levantamento de alvará - Urgência verificada - Recurso conhecido

- Segundo tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça, "O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação".

- Verificada a urgência na decisão recorrida, deve ser conhecido o recurso de agravo de instrumento (Desembargadora Hilda Teixeira da Costa).

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0000.18.126368-2/001 - Comarca de Governador Valadares -Agravante: Cristiane Augusta Teixeira Melo, Oscar Goncalves Melo - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. CAETANO LEVI LOPES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em não conhecer do agravo de instrumento.

Belo Horizonte, 2 de maio de 2019. - *Caetano Levi Lopes - Relator.*

Voto

DES. CAETANO LEVI LOPES - Em juízo de admissibilidade verifico que a decisão combatida não está contida no rol taxativo das decisões recorríveis.

A agravante insurge-se contra a decisão interlocutória constante do arquivo eletrônico nº 121 e pela qual foi indeferido o pedido de levantamento de alvará na ação de interdição, aforada pela recorrente. A agravante afirmou que a decisão do magistrado de primeiro grau deve ser reformada, uma vez que o curatelado, não possui capacidade mental ideal para reger a vida civil, e o valor do seguro de vida deve ser usado em favor dele e de sua família. Entende ser devida a liberação da verba.

Instalo, de ofício, uma preliminar de não conhecimento do recurso.

A relação de hipóteses contidas no art. 1.015, do CPC de 2015 é exaustiva, *numerus clausus*. Embora em outros termos, eis a lição de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha no *Curso de direito processual civil*, 13. ed., Salvador: JusPodivm, 2016, vol. III, p. 208:

> 2. Decisões agraváveis.
>
> 2.1. Taxatividade das hipóteses de agravo de instrumento na fase de conhecimento.
>
> O elenco do art. 1.015 do CPC é taxativo. As decisões interlocutórias agraváveis, na fase de conhecimento, sujeitam-se a uma taxatividade legal.
>
> Somente são impugnadas por agravo de instrumento as decisões interlocutórias relacionadas no referido dispositivo. Para que determinada decisão seja enquadrada como agravável, é preciso que integre o catálogo de decisões passíveis de agravo de instrumento. Somente a lei pode criar hipóteses de decisões agraváveis na fase de conhecimento - não cabe, por exemplo, convenção processual, lastreada no art. 190 do CPC, que crie modalidade de decisão interlocutória agravável.
>
> No sistema brasileiro, não é possível que as partes criem recurso não previsto em lei, nem ampliem as hipóteses recursais. Não há, enfim, recurso por mera deliberação das partes, de modo que é tido como ineficaz, devendo ser desconsiderado, eventual negócio jurídico ou cláusula contratual que crie recurso não previsto em lei para impugnar determinado pronunciamento judicial.

Assim, apenas a lei pode criar recursos, de maneira que somente são recorríveis as decisões que integrem um rol taxativo previsto em lei. É o que se chama de taxatividade.

Por outro norte, é oportuno esclarecer que, além das situações elencadas no art. 1.015 do CPC ou previstas em dispositivos diversos, desprendidos da referida norma legal, há possibilidade de criação de outras hipóteses de decisões agraváveis por meio de lei federal. Acerca do tema ensinam os autores citados, na obra mencionada, vol. III, p. 224:

> Não é necessário que hipóteses novas de agravo de instrumento estejam necessariamente previstas no Código de Processo Civil; qualquer lei federal pode criar novas hipóteses de decisões agraváveis.

O agravante pretende criar hipóteses além das legais, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico.

Ora, a decisão que indefere levantamento de alvará não consta da relação como ato decisório recorrível. Portanto, o recurso é inadmissível.

Com esses fundamentos, não conheço do agravo de instrumento.

Custas, pela agravante, observado o disposto no art. 98, § 3º, do CPC de 2015.

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Peço vênia ao em. Des. Relator para divergir de seu judicioso voto, pelos fundamentos a seguir.

É cediço que o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 1.015, traz um rol taxativo sobre as hipóteses em que se pode interpor agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida pelo Juiz de primeiro grau, *in verbis*:

> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
>
> I - tutelas provisórias;

> II - mérito do processo;
>
> III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
>
> IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
>
> V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
>
> VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
>
> VII - exclusão de litisconsorte;
>
> VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
>
> IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
>
> X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
>
> XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;
>
> XII - (VETADO);
>
> XIII - outros casos expressamente referidos em lei.
>
> Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário

Nesse sentido, a princípio, entendia que as demais decisões interlocutórias que não são apreciadas pelo referido artigo deveriam ser aduzidas em sede de preliminar quando do recurso de apelação, subsistindo o princípio da irrecorribilidade de imediato das interlocutórias.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento, sob o rito dos recursos repetitivos, do REsp nº1.704.520/MT, entendeu que essa taxatividade é mitigada, fixando a seguinte tese:

> O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

No caso, recorre-se de decisão em que foi determinado o levantamento de alvará, decisão que pode resultar em risco de prejuízo de difícil reparação caso seja alegada apenas em sede de preliminar de apelação, considerando que o valor liberado poderá não ser mais facilmente restituído. Desta feita, tratando-se de questão urgente, deve ser conhecido o agravo de instrumento.

Em face do exposto, renovando vênia ao em. Des. Relator, conheço do recurso.

JUIZ DE DIREITO CONVOCADO BAETA NEVES - De acordo com o Relator.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

• • •

Agravo de instrumento - Falência e recuperação judicial - Aplicação da teoria da aparência - Impossibilidade - Nulidade da citação - Verificação - Recurso provido

- A citação é ato relevante para o desfecho da demanda, tratando-se de garantia constitucional cuja nulidade se impõe quando feita sem observância das prescrições legais.

- Não se pode olvidar que, segundo o STJ, é válida a citação realizada na pessoa de um funcionário da empresa em sua sede, aplicando, assim, a Teoria da Aparência.

- Contudo, se verificado que a citação não atingiu sua finalidade, pois, embora tenha sido promovida na sede da empresa agravante, foi recebida por funcionária que se encontrava em cumprimento de aviso prévio, não detendo poderes para representar a sociedade empresária, necessário o reconhecimento da nulidade do ato.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0000.18.139008-9/001 - Comarca de Contagem - Agravante: GB Tech - Industria e Servicos Ltda. - ME - Agravado: Comércio de Resíduos Bandeirante Ltda. - Relator: DES. WILSON BENEVIDES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 11 de junho de 2019 - *Wilson Benevides - Relator.*

Voto

DES. WILSON BENEVIDES - Trata-se de agravo de instrumento interposto por GB Tech - Indústria e Serviços Ltda. - ME, visando à reforma da r. decisão de Ordem nº 04, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Empresarial, de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Contagem que, na ação de falência ajuizada por Comércio de Resíduos Bandeirante Ltda., indeferiu o pedido de reconhecimento da nulidade da citação.

Nas razões recursais de Ordem nº 01, a agravante sustenta que a autora, ora agravada, ajuizou pedido de falência, como sucedâneo de cobrança, em razão do inadimplemento por parte da ré, ora agravante, de boletos e duplicatas vencidas, no que tange a insumos utilizados na reciclagem de plástico.

Aduz que uma pessoa estranha ao quadro societário da agravante recebeu a citação, quem seja Erika Fernandes. Pontua que nenhum dos sócios da agravante tomaram ciência da existência de um grave pedido de falência contra sua empresa.

Argumenta que, como seus sócios não foram devidamente citados, o processo tramitou à revelia, ocasião em que fora decretada a sua falência. Pontua ter comparecido espontaneamente nos autos e aduzido no primeiro momento em que teve oportunidade a nulidade da citação, a qual não foi acolhida.

Sustenta que não tomou ciência do processo falimentar e foi privada de elaborar um plano de recuperação judicial, pois, apesar de ter passado por um momento delicado de crise, seus sócios jamais permitiram a decretação da falência de forma dolosa.

Informa que a citação fora recebida por Erika Figueiredo Ramos, que era uma funcionária da empresa, que, inclusive, já havia sido demitida na época em que ocorreu a citação, visto que estava terminando de cumprir o aviso prévio.

Diante da flagrante nulidade da citação, que deveria ter sido realizada na pessoa do representante legal, pugna pela anulação de todos os atos processuais realizados até o presente momento, com a anulação da sentença que decretou a falência e devolução do prazo para a ré apresentar sua contestação, bem como facultar o pagamento do depósito elisivo.

Defende que aduzir a teoria da aparência é uma verdadeira ofensa aos seus sócios, pois não tiveram a oportunidade de se defenderem no curso do processo, tampouco pagarem o débito, uma vez que a citação não atingiu sua finalidade e não fora realizada na pessoa do representante legal, apesar de ter sido ordenada a ser feita dessa forma pelo Douto Juízo de primeiro grau.

Discorre ainda sobre a nulidade dos protestos.

Diante do exposto, requer a atribuição de efeito suspensivo/ativo ao recurso, para que reste sobrestado o andamento do feito. Ao final, requer seja dado provimento ao agravo de instrumento para reformar a decisão combatida.

Preparo comprovado à Ordem nº 03.

Restou deferida a atribuição do efeito ativo à Ordem nº 169, sobrestando o andamento do feito principal até o julgamento do mérito deste recurso.

Devidamente intimado, o agravado não apresentou contrarrazões.

Parecer da il. Procuradoria Geral de Justiça à Ordem nº 170, opinando pelo conhecimento e provimento do recuso.

É, em síntese, o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cinge-se a presente controvérsia em aferir o acerto da decisão de primeiro grau, que não reconheceu a nulidade da citação feita a terceiro estranho à lide, deferindo o pedido de falência da empresa agravante.

Extrai-se dos autos que Comércio de Resíduos Bandeirante Ltda. requereu a falência da GB Tech - Indústria e Serviços Ltda. - ME, tendo sido o pedido recebido, com a determinação de citação da parte ré para a apresentação de contestação, podendo, no mesmo prazo, "depositar o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios" (Ordem nº 09).

O mandado de citação foi expedido, certificando o oficial de justiça encarregado do ato que:

> Certifico e dou fé que, em cumprimento ao presente mandado, esta data, dirigi-me ao endereço nele indicado, às 09h33, onde procedi à citação de GB TECH - Indústria e Serviços LTDA, na pessoa do seu

> representante, do(a) Sr.(a) Érika Figueiredo Ramos, mulher jovem, de cútis morena, não magra e altura mediana, dando-lhe conhecimento do inteiro teor do respeitável mandado e das cópias que o integram, que lhe li, aceitou a contrafé, e exarou sua assinatura de ciente. Contagem, 14 de outubro de 2016.

Transcorrido o prazo legal para a defesa, veio a ora recorrente, em juízo, postular a nulidade da citação, tendo sido indeferido o pedido, motivando o presente recurso.

Pois bem.

Sabe-se que a citação é ato relevante para o desfecho da demanda, tratando-se de garantia constitucional, cuja nulidade se impõe quando feita sem observância das prescrições legais.

Sobre o tema, o art. 239 do CPC determina que o processo será nulo quando não for devidamente realizada a citação do réu ou do executado, como se vê:

> Art. 239. Para a validade do processo é indispensável a citação do réu ou do executado, ressalvadas as hipóteses de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido.

Dessarte, a nulidade do ato processual não pode ser aferida consoante mero exame formal, havendo que se buscar a finalidade do ato foi atingida, sem prejuízo às partes, à luz do princípio da "instrumentalidade das formas".

In casu, verifica-se que a citação não atingiu sua finalidade, pois, embora tenha sido promovida na sede da empresa agravante, foi recebida por funcionária que se encontrava em cumprimento de aviso prévio (Ordem nº 11) e que não detinha poderes para representar a sociedade empresária.

Não se desconhece, por óbvio, que a denominada teoria da aparência abranda o rigor formal da citação quando o ato é realizado no endereço do ente moral e na pessoa de quem se apresenta como seu empregado ou preposto, senão vejamos:

> Administrativo e processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. A.R. devidamente entregue no endereço da empresa, assinado e devolvido. Comprovação do recebimento. Citação eficaz. Precedentes. Reexame de provas. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Dissídio jurisprudencial não comprovado. 1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula 7/STJ. 2. O Tribunal de origem, com base nos elementos de prova dos autos, concluiu que o AR foi entregue devidamente no endereço da empresa, recebido e assinado por empregado, não sendo necessário o recebimento por um dos sócios ou pelo seu representante legal, conforme a Teoria da Aparência. Rever tal conclusão demandaria o reexame dos fatos e das provas dos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial. 3. A divergência jurisprudencial invocada não foi apresentada nos moldes prescritos pelo art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, porquanto o agravante não apontou as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 410.661/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, j. em 6/2/2014, *Dje* de 20/2/2014).

Contudo, a teoria da aparência não pode ser aplicada de maneira indiscriminada e de modo a comprometer o devido processo legal, mormente em casos como o presente, em que a suposta inércia da requerida gerou consequências nefastas, qual seja a decretação da sua falência.

Adotar entendimento contrário estaria em desconformidade com o postulado da preservação da empresa e do estímulo à atividade econômica, uma vez que o fato impossibilitou o agravante de se manifestar devidamente no processo, não assegurando o contraditório.

Ademais, a mencionada teoria não deve ser invocada para validar citação de pessoa jurídica, se esta é realizada por oficial de justiça que nem ao menos busca identificar a condição funcional da pessoa em nome da qual é efetivada.

De fato, cabe ao oficial de justiça pelo menos verificar se a pessoa física pertence ao quadro societário ou de empregados da pessoa jurídica, ou mesmo se é encarregada do recebimento de correspondências.

Nesse sentido, tem-se pela inaplicabilidade da teoria da aparência no caso concreto, em que a comunicação foi recebida por funcionária em processo de desligamento dos quadros da demandada.

Sendo assim, verifica-se que demonstrada a plausibilidade das alegações da recorrente quanto a nulidade do ato citatório. Do mesmo modo, comprovado o risco de dano, diante da possibilidade de prosseguimento do processo falimentar.

Logo, conclui-se que o provimento do recurso é medida que se impõe.

Com tais considerações, confirmo a decisão de Ordem nº 169 e dou provimento ao recurso, para, reformando a decisão agravada, reconhecer a nulidade da citação do réu/agravante, e a consequente invalidação dos atos posteriores já praticados.

Custas ao final.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo de instrumento - Execução de título extrajudicial - Termo de ajustamento de conduta - Descumprimento - Multa - Aplicação das regras de decadência e prescrição do Código Tributário Nacional (arts - 173 e 174) - Descabimento - Inviabilidade da discussão da matéria em sede de exceção de pré-excutividade - Ausência de comprovação do termo inicial da prescrição - Inclusão dos sócios no polo passivo - Possibilidade - Encerramento irregular da pessoa jurídica - Enunciado nº 435 da Súmula do STJ - Desconsideração da personalidade jurídica - Cabimento - Art - 4º da Lei nº 9.605/1998 - Manutenção da decisão agravada - Desprovimento do recurso.

- A execução de título extrajudicial consubstanciado em Termo Aditivo de Ajustamento de Conduta Ambiental - TAC, cujo descumprimento gerou multa em face dos executados, não enseja a aplicação das normas relativas à decadência e prescrição do Código Tributário Nacional.

- É inviável a discussão, em sede de exceção de pré-executividade, da inexigibilidade do título, quando necessária a dilação probatória.

- Havendo certidão expedida por Oficial de Justiça, comprovando que a sociedade não mais funciona no endereço indicado, pressupõe-se seu encerramento irregular e torna-se possível o redirecionamento da execução contra os sócios, nos termos do enunciado nº 435 da Súmula do STJ.

- É cabível a desconsideração da pessoa jurídica, conforme prevê o art. 4º da Lei nº 9.605/1998, sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

- Recurso improvido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.13.250057-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Nara Lucia Rossi Ramos, Nivaldo Rossi - Agravadas: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, Fundação Estadual do Meio Ambiente - FEAM - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2019. - *Carlos Levenhagen* - Relator.

Voto

DESEMBARGADOR CARLOS LEVENHAGEN - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Nara Lúcia Rossi Ramos e Nivaldo Rossi contra decisão proferida nos autos Execução de Título Extrajudicial ajuizada pelo Estado de Minas Gerais e pela Fundação Estadual do Meio Ambiente - FEAM, que rejeitou a exceção de pré-executividade manejada pelo executado.

Inconformados, recorrem os executados, aduzindo, em apertada síntese, que foram ilegalmente incluídos no polo passivo da execução, na qualidade de sócios da pessoa jurídica, violando o preceito do art. 135 do CTN. Sustentam ter ocorrido a prescrição e a decadência, nos termos dos arts. 173 e 174 do CTN. Requerem, ao final, seja concedido o efeito suspensivo para sustar os efeitos da decisão agravada até o julgamento do mérito recursal.

O pedido de atribuição de efeito suspensivo foi indeferido (doc. nº 12 do PJe).

Os agravados apresentaram contrarrazões, refutando as alegações contidas na peça recursal (doc. nº 13 do PJe).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça entende desnecessária sua intervenção (doc. nº 15 do PJe).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cinge-se a pretensão recursal à reforma de decisão interlocutória que rejeitou a exceção de pré-executividade manejada pelos recorrentes.

A execução em testilha refere-se a título extrajudicial consubstanciado em Termo Aditivo de Ajustamento de Conduta Ambiental - TAC, cujo descumprimento gerou multa em face dos executados, de molde a afastar a aplicação das normas do Código Tributário Nacional, arguida pelos agravantes.

Contrariamente à tese esposada pelos executados/agravantes, não se cuida de prazo decadencial para constituição definitiva de crédito tributário, contado do fato gerador, nos termos do art. 173 do CTN, haja vista tratar-se de cobrança de título executivo extrajudicial (Termo Aditivo de Ajustamento de Conduta Ambiental).

Tampouco se aplica à hipótese a regra de prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário, prevista no art. 174, I, do CTN, pois, repita-se, estamos diante de título executivo extrajudicial que veicula multa que sequer tem natureza tributária.

O STJ já forneceu precedente no sentido de que o termo inicial da prescrição ocorre na data em que se torna exigível o crédito, como se infere da leitura do aresto abaixo colacionado:

> Recurso especial representativo de controvérsia. Rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil. Exercício do poder de polícia. Multa administrativa. Execução fiscal. Prazo prescricional. Incidência do Decreto nº 20.910/1932. Princípio da isonomia. 1 - É de cinco anos o prazo prescricional para o ajuizamento da execução fiscal de cobrança de multa de natureza administrativa, contado do momento em que se torna exigível o crédito (art. 1º do Decreto nº 20.910/1932). 2. Recurso especial provido" (STJ - REsp: 1105442-RJ, 2008/0252043-8, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 9/12/2009, S1 - Primeira Seção, p. em *DJe* de 22/2/2011).

Some-se que a alegada prescrição não pode ser comprovada na estreita via da exceção de pré-executividade – admitida somente em hipóteses excepcionais, em que o Juiz deva conhecer de ofício, tais como pressupostos processuais ou condições da ação –, pois inexiste comprovação do momento em que o débito se tornou exigível, não se podendo comprovar, destarte, o termo inicial do prazo prescricional.

Noutro giro, a certidão expedida por Oficial de Justiça, comprovando que a sociedade não mais funciona no endereço indicado, pressupõe seu encerramento irregular e torna possível o redirecionamento da execução contra os sócios, nos termos do enunciado nº 435 da Súmula do STJ: "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente".

Ademais, é viável a desconsideração da pessoa jurídica, conforme prevê o art. 4º da Lei nº 9.605/1998: "Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente".

Em razão do exposto, nego provimento ao recurso. Custas recursais, pelos agravantes, ao final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ EUSTÁQUIO LUCAS PEREIRA (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO) e MOACYR LOBATO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação ordinária - Concurso público - Professor de educação básica - Exame pré-admissional - Disfonia - Laudo médico judicial - Capacidade para exercer as atribuições do cargo - Prejuízo à atividade docente - Inocorrência - Função exercida pela requerente a título precário - Direito à posse - Sentença reformada - Recurso provido

- Demonstrado que a autora já exercia, a título precário, as atribuições do cargo de Professor, e tendo a prova pericial confirmado a aptidão para o exercício de tais funções, deve ser assegurada à candidata a posse no cargo público.

- A Administração Pública não agiu com razoabilidade ao considerar a candidata inapta para tomar posse no cargo de Professor de Educação Básica, mormente quando demonstrada a inexistência de afastamentos para tratamento de problemas vocais.

- Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.13.253241-7/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ariadna Rodrigues Francisco - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de maio de 2019. - *Raimundo Messias Júnior - Relator.*

Voto

DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR - Trata-se de apelação da sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte (f. 155/157-v), que, nos autos da ação ordinária ajuizada por Adriana Rodrigues Francisco contra o Estado de Minas Gerais, julgou improcedentes os pedidos. Além disso, condenou a autora ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, observada a justiça gratuita.

Em suas razões (f. 160/167), sustenta a apelante que a sentença proferida desconsiderou o laudo pericial. Alega, ainda, que sua voz está adaptada e possui qualidade suficiente para a docência, e que, além de já exercer as funções inerentes ao cargo, não foi afastada do trabalho em virtude da disfonia.

Contrarrazões às f. 170/177-v.

A Procuradoria-Geral de Justiça considerou desnecessária sua intervenção (f. 181).É o relatório.

Cinge-se a controvérsia em aferir se há nulidade no ato administrativo por meio do qual a autora, ora apelante, foi considerada inapta no exame admissional realizado durante o Concurso Público para provimento do cargo de Professor de Educação Básica, por apresentar risco de agravamento de disfonia.

Inicialmente, registre-se que, em observância ao princípio da separação dos Poderes, o controle judicial dos atosda Administração Pública não tem poder de ingerência no mérito administrativo, que diz respeito aos aspectos da conveniência e oportunidade.

O Poder Judiciário limita-se a analisar a legalidade, que envolve a apuração dos motivos determinantes para a prática do ato, evitando-se abusos, arbitrariedades, incongruências entre a razão e a conclusão ou a finalidade administrativa.

Nesse passo, se o ente federado, valendo-se de técnicos especializados, causou lesão a direito do administrado, ou se no exercício da competência administrativa de selecionar os candidatos com maior aptidão no ingresso do serviço público ocorreu a prática de um ato ilegal, imotivado, ao Poder Judiciário incumbe o exame da questão.

Pois bem.

No caso concreto, a apelante, após ser aprovada em concurso promovido pelo requerido, foi impedida de tomar posse no cargo almejado, sendo considerada inapta, em razão de apresentar disfonia e instabilidade vocal (f. 15/17).

Embora o exame admissional realizado pela Administração Pública tenha concluído pela inaptidão da autora, o laudo judicial (f. 135/147) constatou que:

> As laringopatias ocupacionais ocorrem quando surgem lesões na faringe. Nesses casos a capacidade laborativa varia desde a) plena capacidade para o trabalho, quando há a voz adaptada e a lesão não implica alteração na estabilidade e na resistência ao uso específico que o trabalhador faz da voz; b) incapacidade temporária para restabelecimento de condições plenas para uso profissional da voz; c) incapacidade definitiva para atividades com demanda vocal aumentada, optando-se pela reabilitação profissional ou, em casos não passíveis de reabilitação, pela invalidez.
>
> O caso específico da autora se enquadra na opção A. Existe alguma alteração, contudo a voz adaptada da autora é de boa qualidade para a docência.

Diante desse arcabouço probatório, conclui-se que a apelante não apresenta qualquer impedimento de realizar a profissão de professora. É bom lembrar que ela já exerce as funções inerentes a tal cargo desde 2012, sem nenhum prejuízo.

Nota-se, pois, que, não obstante a existência de alterações nas pregas vocais, a autora está apta para exercer o cargo de professora – que, frise-se, já ocupa desde agosto de 2012, a título precário, não tendo sido afastada por questões de saúde.

Logo, evidente a nulidade do ato administrativo impugnado, visto que a ora apelante pode exercer suas atividadescom uso profissional da voz normalmente, ressaltando a necessidade de tratamento contínuo, a fim de que não existam sequelas ou comprometimento funcional.

Nesse sentido, a jurisprudência deste TJMG:

> Apelação cível. Concurso público. Exame admissional. Inaptidão para o exercício do cargo. Exercíco da função em caráter precário e a título de efetivado. Ausência de afastamentos para tratamento de problemas vocais. Razoabilidade e proporcionalidade. Ofensa. Honorários advocatícios. Fazenda pública vencida. Artigo 85, § 2º e § 8º, CPC/2015. Equidade. - O Judiciário se limita à ordem da legalidade em sentido amplo, que envolve a análise dos motivos determinantes para a prática do ato, evitando-se abusos, arbitrariedades, incongruências entre a razão e a conclusão ou a finalidade administrativa. - Os exames de saúde realizados pelo Poder Público estão de acordo com a legislação aplicável ao caso e com as disposições editalícias, além de possuírem amparo no princípio constitucional da eficiência. - A Administração Pública não agiu com razoabilidade ao considerar inapta para tomar posse no cargo de Professora de Educação Básica candidata que exerce a função em caráter precário e ainda a título de efetivada, mormente quando demonstrada a ausência de afastamentos para tratamento de problemas vocais e confirmada a aptidão em laudo pericial produzido nos autos. - Vencida a Fazenda Pública, nas causas em que for inestimável o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 8º do CPC/2015(TJMG - Ap. Cível/Rem. Necessária nº 1.0702.14.050198-3/001 - Relator Des. Edilson Olímpio Fernandes - 6ª Câmara Cível - j. em 24/10/2017).

> Apelação cível. Ação ordinária. Concurso público. Professor de educação básica. Aprovação. Nomeação. Exame pré-admissional. Inaptidão indicada. Pregas vocais. Realização de cirurgia. Designação de perícia médica. Moléstia transitória. Prejuízo à atividade docente. Não ocorrência. Direito à posse. - Ausente prejuízo ao regular desempenho das atividades docentes, se há moléstia vocal de caráter transitório, que não obsta a posse no cargo de professor, notadamente se, durante a marcha processual, a perícia judicial constatou melhora no quadro clínico do candidato (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.13.253563-4/003 - Relatora Des.ª Alice Birchal - 7ª Câmara Cível - j. em 3/10/2017).

Com essas considerações, dou provimento ao recurso, para julgar procedentes os pedidos e determinar a imediata posse e exercício da apelante no cargo de Professor de Educação Básica.

Inverto os ônus de sucumbência, observada a isenção legal.

Diante da sucumbência recursal experimentada pelo recorrido, majoro os honorários advocatícios devidos, consolidando-os em 11% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

É como voto.

Voteram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CAETANO LEVI LOPES e HILDA TEIXEIRA DA COSTA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Rescisão contratual. Reintegração de posse. Nulidade sentença. Cerceamento de defesa. Compra e venda de imóvel. Inadimplência. Benfeitorias

- Há julgamento *citra petita* quando a sentença deixa de solucionar questão posta em juízo através do pedido, não havendo prejuízo no prosseguimento do julgamento, se a matéria não apreciada pelo Juiz de primeiro grau é meramente de direito.

- Não há cerceamento de defesa, se à parte são concedidas diversas oportunidades para produção de prova e para agilização do processo, sem atendimento, encerrando-se a instrução processual.

- Para que seja possível o ressarcimento por benfeitorias realizadas em imóvel, objeto de contrato de compromisso de compra e venda, cuja rescisão é declarada em juízo, é indispensável a prova substancial da existência das obras e do seu valor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.409970-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Rosalina de Souza Silva - Apelada: Lotus empreendimentos e participações S/A - Relatora: DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA, ACOLHER PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de junho de 2019 - *Evangelina Castilho Duarte* - Relatora.

Voto

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE (RELATORA) - Tratam os autos de rescisão de contrato e reintegração de posse, ao argumento de estar a apelante inadimplente com o pagamento das parcelas pactuadas no contrato de promessa de compra e venda do imóvel, consubstanciado pelo lote nº X, quadra XX, rua XXXXX, bairro das Acácias, Betim, celebrado em 16 de janeiro de 1999.

A apelada ressaltou que, desde a parcela mensal, vencida em 10 de janeiro de 2000, e da parcela semestral, vencida em 20 de dezembro de 1999, a apelante interrompeu o cumprimento das suas obrigações.

Frisou que a apelante foi notificada acerca de sua inadimplência, quedando-se, contudo, inerte quanto ao pagamento do débito.

Requereu a declaração de rescisão do contrato e a reintegração de posse no imóvel, com a condenação da apelante ao pagamento de indenização por fruição pelo período em que ocupou o bem.

Citada, a apelante apresentou contestação, alegando que, em razão da crise financeira enfrentada, viu-se impossibilitada de cumprir suas obrigações.

Ressaltou que tentou renegociar o pagamento das parcelas, não obtendo êxito.

Aduziu que tentou vender o imóvel para F.A.F. e sua esposa Z.T.A., mas não obteve consentimento da apelada para a transação.

Frisou que a apelada sequer se dispôs a ouvir o pretenso comprador do imóvel, que estava disposto a assumir o restante do débito, e transferir o contrato para seu nome.

Sustentou ter edificado sua residência no terreno adquirido, investindo todas as suas economias, sem qualquer resistência da apelada.

Salientou que sequer foi indenizada pelas benfeitorias realizadas de boa-fé e devidamente autorizadas pela apelada e pelo município.

Pugnou pela improcedência dos pedidos.

A sentença recorrida, f. 122/124, julgou procedentes os pedidos iniciais, para declarar rescindido o contrato e reintegrar a apelada na posse do imóvel, condenando a apelante ao pagamento de indenização pelo uso e fruição do imóvel, a ser apurada em liquidação de sentença, mais custas e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, suspensa a exigibilidade.

A apelante pretende a reforma da decisão recorrida, arguindo preliminar de nulidade da sentença, por apresentar relatório e fundamentação deficientes.

Argúi, outrossim, preliminar de cerceamento de defesa, haja vista que não foi produzida a prova para avaliação das benfeitorias, cuja retenção foi tempestivamente requerida.

Acrescenta que não foi designada audiência de instrução e julgamento para oitiva das testemunhas, arroladas na sua defesa, e para que fossem estabelecidos os pontos controvertidos da demanda.

Requer o provimento do recurso, a fim de que sejam os autos devolvidos à instância de origem para que seja designada audiência de instrução e julgamento.

Não há contrarrazões.

A r. sentença, de f. 122/124, foi publicada em 7 de agosto de 2018, vindo a apelação em 24 de agosto, no prazo recursal, desacompanhada de preparo, por estar a apelante amparada pelos benefícios da justiça gratuita.

Estão presentes, portanto, os requisitos para conhecimento apenas do recurso, que recebo em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, CPC/2015.

I – NULIDADE DA SENTENÇA

A Apelante argúi a nulidade da decisão por deficiência de relatório e fundamentação.

De conformidade com o art. 458, do CPC/15, são requisitos essenciais da sentença: o relatório, os fundamentos - em que o juiz analisará as questões de fato e de direito, e o dispositivo -, em que o julgador resolverá as questões que as partes lhe submeteram.

São os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior:

> A sentença, enfim, é *citra petita*, quando não examina todas as questões propostas pelas partes. O réu, por exemplo, se defendeu do pedido reivindicatório alegando nulidade do título dominial do autor e prescrição aquisitiva em seu favor. Se o juiz acolher o pedido do autor, mediante reconhecimento apenas da eficácia do título executivo, sem cogitar o usucapião invocado pelo réu, terá proferido sentença nula, porque *citra petita*, já que apenas foi solucionada uma das duas questões propostas. (*Curso de Direito Processual Civil*, 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. I, p. 453).

Embora o julgador não esteja obrigado a analisar todos os argumentos trazidos pelas partes, deve responder às questões controvertidas relevantes para a solução da lide.

Ocorre julgamento *citra petita* quando a sentença deixa de solucionar questão posta em juízo através do pedido.

O MM. Juiz *a quo* deixou de examinar o pedido de retenção por benfeitorias, limitando-se a decidir a ação com relação aos pedidos de rescisão contratual e de reintegração de posse.

Ressalte-se que o magistrado sequer ventilou a questão das benfeitorias, havendo, pois, evidente julgamento *citra petita*, por ter se omitido na decisão de matéria posta em juízo através da defesa.

O vício c*itra petita* inquina a sentença de invalidade de ordem pública, passível de decretação até mesmo de ofício pelo Poder Judiciário, por não esgotar a prestação jurisdicional devida.

Entretanto, embora deva ser cassada a decisão, por vício *citra petita*, não há prejuízo no prosseguimento do julgamento, medida que se adota por economia e celeridade processuais.

Destarte, é possível prosseguir-se no julgamento, por aplicação do disposto no art. 1.013, § 1º, CPC/15, e por estar o processo maduro, já que todas as questões discutidas são devolvidas ao Tribunal com a interposição do recurso, ainda que não tenham sido julgadas por inteiro.

Desse modo, impõe-se prosseguir no julgamento.

II - CERCEAMENTO DE DEFESA

A apelante argúi, ainda, a nulidade da decisão por cerceamento do seu direito de defesa, porquanto não foram produzidas provas pericial e oral, que seriam capazes de comprovar seu direito à retenção por benfeitorias.

O magistrado de primeiro grau deferiu a produção das provas úteis e tempestivamente requeridas pelas partes, determinando a expedição de carta precatória, conforme de afere da decisão de f. 96.

A apelante foi intimada para comprovar a distribuição da carta precatória, quedando-se, contudo, inerte quanto a tal determinação, f. 100-v.

Ato contínuo, foi indeferida a avaliação das benfeitorias do imóvel, e determinada a intimação da apelante para informar se ainda tinha interesse na produção das outras provas requeridas, quedando a recorrente mais uma vez inerte.

Após, o MM. Juiz *a quo* deu por encerrada a instrução, f. 102, não tendo a apelante recorrido da referida decisão, proferida durante a vigência do CPC/73, quando havia previsão da interposição do agravo de instrumento contra o mencionado *decisum*.

Ora, se a parte permanece silente, diante da decisão que determina a comprovação da expedição de carta precatória, e a intima para informar interesse na produção de outras provas, e não recorre da decisão que encerrou a fase instrutória, deixando de praticar o ato processual que lhe competia, opera-se a preclusão temporal, prevista no art. 183, CPCP/73, atual art. 223, do CPC/15, que consiste na perda do direito de praticar determinado ato após o término do prazo.

As provas requeridas pela apelante não foram produzidas devido à sua inércia, pois não se desincumbiu de cumprir as diligências necessárias para a efetivação da perícia técnica, demonstrando desinteresse pela causa.

Logo, não está configurado o cerceamento de defesa.

Rejeito a preliminar.

III - MÉRITO

A controvérsia cinge-se ao direito de a apelante de ser ressarcida pelas benfeitorias realizadas no imóvel, haja vista que não se insurgiu especificamente contra a rescisão do contrato, a reintegração de posse e sua condenação ao pagamento de indenização pelo uso e fruição do bem.

Embora nos autos em apenso tenha sido produzido o auto de avaliação de f. 111, comprovando que foi realizada no terreno edificação no valor de R$80.000,00, na oposição a recorrente reconhece que não foi ela quem pagou pela maior parte da construção, conforme f. 54.

Ora, a apelante sequer cuidou de juntar aos autos comprovantes das quantias despendidas para a edificação avaliada, não sendo possível aferir sua legitimidade para receber indenização em decorrência da mencionada acessão.

Não restou demonstrado o direito da apelante ao recebimento de indenização pelas benfeitorias realizadas.

DIANTE DO EXPOSTO, nego provimento ao recurso apresentado por Rosalina de Souza Silva, mantendo íntegra a sentença recorrida.

Custas recursais pela apelante, suspensa a exigibilidade, por estar amparada pelos benefícios da justiça gratuita.

Deixo de majorar os honorários advocatícios, porquanto a apelada não apresentou contrarrazões.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES CLÁUDIA MAIA e ESTEVÃO LUCCHESI.

Súmula - REJEITAR PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA, ACOLHER PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação criminal. Furto e lesão corporal. Art. 155, *caput,* e art. 129, *caput,* na forma do art. 69, todos do Código Penal. Desclassificação do delito de furto para o crime de exercício arbitrário das próprias razões. Impossibilidade. Dívida não comprovada. Dolo de subtração configurado. Delito de furto. Pena. Redução. Necessidade. Lesão corporal. Ausência de representação da ofendida. Decadência. Reconhecida. Recurso provido em parte. De ofício: início imediato da execução da pena diante da confirmação da sentença condenatória pelo órgão colegiado. Possibilidade. Desnecessidade de trânsito em julgado da condenação. Decisão do STF pelo julgamento do ARE nº 964246

- Não existindo qualquer prova nos autos demonstrando a suposta pretensão do agente e, restando, por outro lado, configurado o dolo de subtração, há que ser mantida a condenação do réu pelo crime de furto, não havendo que se cogitar em desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 345, do Código Penal.

- O crime de lesão corporal é ação condicionada à representação. Decorrido o prazo legal sem a representação da ofendida, impõe-se a extinção da punibilidade pela decadência.

- Ocorrendo o exame equivocado de alguma das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, impõe-se a redução da pena-base.

- Conforme determinação do Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do ARE nº 964246, deve ser adotado o entendimento de que, assim que exauridas as possibilidades de recurso em Segunda Instância (embargos declaratórios e infringentes), é possível o início da execução da pena condenatória confirmada pelo órgão colegiado, sendo prescindível o trânsito em julgado da aludida decisão.

V.V. Absolvição do crime de lesão corporal por ausência de provas. Não cabimento. Conjunto probatório firme e consistente.

- Havendo provas contundentes nos autos demonstrando que o réu agrediu a vítima com golpes de pedaço de pau, resta inviável a absolvição pleiteada.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0456.18.000125-1/001 - Comarca de Oliveira - Apelante: A.A. - Apelado: 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO E, DE OFÍCIO, DETERMINAR O INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA.

Belo Horizonte, 04 de junho de 2019. *Jaubert Carneiro Jaques* - Relator.

Voto

DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES - Trata-se de recurso de apelação, interposto por A.A., contra a r. sentença de f. 173/176v., que julgando parcialmente procedente a ação penal, desclassificou a conduta nos termos do art. 383, do CPP, e o condenou como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, e art. 129, *caput*, na forma do art. 69, todos do Código Penal, à pena definitiva de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 7 (sete) meses de detenção a serem cumpridas no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa no valor unitário mínimo.

Sobre os fatos, consta da denúncia que:

> [...] no dia 2/1/2018, por volta das 18h, no interior da Mercearia XXXXXX, situada na Av. XXXX XXXXXXXX XXXXXXX XXXXXX, nº XX, bairro XXXXXX XXX XXXXXX, Oliveira/MG, o denunciado subtraiu, para si, coisa móvel alheia e, depois de havê-la, empregou violência contra a vítima W.A.O., a fim de assegurar a detenção da coisa para si. Apurou-se que, no dia e local dos fatos, A.A.chegou ao estabelecimento da vítima com o intuito de comprar um frasco de cachaça para pagar depois. Ao ser negada a venda, nessa condição, o acusado ficou insatisfeito, apoderou-se do frasco de cachaça e tentou sair do local, momento em que foi impedido por W.
>
> Autor e vítima entraram em luta corporal e se arrastaram até a rua. Nesse ínterim, a vítima pegou um pedaço de madeira, tendo o autor também se apoderado de um pedaço de pau, com o qual partiu para cima da vítima.
>
> A.,conseguiu tomar o referido pedaço de madeira da mão da vítima, desferindo-lhe quatro pauladas logo em seguida, sendo uma na cabeça e o restante nas costas e pernas. Ato contínuo, o acusado fugiu na direção de sua residência, sendo capturado pelos Militares próximo a uma igreja.

Desta forma, A.A., fora denunciado como incurso nas sanções do art. 157, § 1º, do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 6/4/2018 (f. 114), e o processo seguiu todos os trâmites legais, culminando com a sentença de f. 173/176v., considerada publicada no *DJe*/TJMG em 10/7/2018 (f. 177), da qual o réu fora intimado pessoalmente em 13/7/2018 (f. 179/181).

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação à f. 187, pugnando, nas razões de f. 206/211, pela desclassificação do delito de furto para o crime de exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345), sob a alegação de que o réu teria ido até o estabelecimento comercial com a pretensão de receber por um serviço de pedreiro que havia executado para a suposta vítima e, diante da recusa do pagamento, se viu no direito

de fazer justiça pelas próprias mãos para satisfazer pretensão que considerava legítima. Além disso, pleiteou a absolvição do réu pelo crime lesão corporal diante da fragilidade probatória, com fundamento no art. 386, incisos V e/ou VII, do Código de Processo Penal.

Contrarrazões ministeriais às f. 214/215v., manifestando-se pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo desprovimento do apelo defensivo, devendo ser mantida na íntegra o édito condenatório.

A d. Procuradoria Geral de Justiça, exarou parecer de f. 231/234, opinando pelo conhecimento do recurso aviado e, no mérito, pelo desprovimento.

É o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Não havendo preliminares suscitadas ou nulidades que devam ser declaradas de ofício, passa-se ao exame do mérito.

A materialidade fora comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante Delito de f. 2/6; Boletim de Ocorrência de f. 10/14; Auto de Apreensão de f. 16; Laudo de f. 19/20; Laudo de Avaliação Direta de f. 23 e; ainda, pelo Exame de Corpo de Delito Indireto de f. 143/146.

A autoria, por sua vez, restou inconteste diante da firme prova oral colhida sob o crivo do contraditório (f. 151/154v.).

Inicialmente, a Defesa pugnou pela desclassificação do delito de furto para o crime de exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345), sob a alegação de que o réu teria ido até o estabelecimento comercial com a pretensão de receber por um serviço de pedreiro que havia executado para a suposta vítima e, diante da recusa do pagamento, se viu no direito de fazer justiça pelas próprias mãos para satisfazer pretensão que considerava legítima.

Porém, com as devidas vênias, razão alguma lhe assiste.

Na precisa lição do consagrado criminalista Cezar Roberto Bitencourt, no crime de exercício arbitrário das próprias razões previsto no art. 345, do Código Penal:

> A conduta incriminada consiste em fazer justiça pelas próprias mãos, ou seja, valer-se de qualquer meio de execução (violência física, ameaça, fraude, recursos não violentos, subterfúgios, etc). Tendente à satisfação de uma pretensão (legítima ou ilegítima), suscetível de apreciação pela autoridade judiciária. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.341).

Portanto, para a caracterização do crime previsto no art. 345, do Código Penal, faz-se imprescindível a comprovação da pretensão do agente.

E, no caso em tela, ao contrário do alegado, não há prova alguma demonstrando que o réu teria ido até o estabelecimento comercial da vítima para satisfazer alguma pretensão.

Embora o réu tenha afirmado em Juízo (f. 154/154v.), que teria prestado um serviço de pedreiro para a vítima e que essa lhe devia R$150,00 (cento e cinquenta reais), tal alegação restou absolutamente isolada nos autos, eis que não corroborada por qualquer elemento probatório idôneo.

Aliás, a vítima foi enfática em Juízo (f. 151), ao garantir que "nada devia ao réu", assumindo apenas que o acusado teria trabalhado para ela "há anos atrás", tendo-o dispensado em razão de seu envolvimento com drogas.

Neste ponto, cumpre ressaltar que, nos crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima - se segura e coesa com os demais elementos de prova, sem intenção de incriminar um inocente ou ver agravada sua situação - tem relevante valor probatório.

Nesse sentido, a lição do mestre Júlio Fabbrini Mirabete:

> Todavia, como se tem assinalado na doutrina e jurisprudência, as declarações do ofendido podem ser decisivas quanto se trata de delitos que se cometem às ocultas. [...] São também sumamente valiosas quando incidem sobre o proceder de desconhecidos, em que o único interesse do lesado é apontar os verdadeiros culpados.[...] Declaração de vítima de crimes patrimoniais - TACRSP: 'A palavra da vítima, em crime de natureza patrimonial, avulta em importância, máxime quando em tudo ajustada às demais evidências dos autos.'(RJDTACRIM Nº 25/319). TACRSP: 'Se a palavra da vítima é aceita como suficiente para marcar a autoria do roubo, também deve ser acolhida a propósito das demais circunstâncias do crime, como as qualificadoras, quando nada nos autos exista para demonstrar de forma contrária' (RJDTACRIM Nº 25/288). No mesmo sentido, TACRSP: RJDTACRIM Nº 26/172-3. (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, p. 280).

Ainda sobre o tema, colaciona-se o seguinte julgado deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> Apelação criminal. Roubo. Autoria e materialdade demonstradas. Confissão extrajudicial. Retratação isolada. Relevância da palavra da vítima. Credibilidade depoimento policial. Absolvição. Ou desclassificação para furto. Impossibilidade. Grave ameaça caracterizada. Pena-base exacerbada. Necessidade de redução. - Tratando-se de crime de roubo, praticado com grave ameaça à pessoa, não há que se falar em desclassificação para o crime de furto. Demonstradas autoria e materialidade, impossível a absolvição. [...] A palavra da vítima nos crimes patrimoniais, geralmente praticados na clandestinidade, assume relevante valor probatório, mormente quando em consonância com as outras provas dos autos. O depoimento testemunhal de policiais militares possui inquestionável eficácia probatória, não estando os mesmos inabilitados para depor somente pelo fato de serem agentes estatais encarregados da coibição criminal. Estando exacerbada a pena-base, impõe-se a sua redução. Sentença mantida. (Apelação Criminal n° 1.0114.07.087540-5/001, Rel. Ex.mo Sr. Des. Agostinho Gomes De Azevedo, j. em 23/9/2010).

Além do mais, vale registrar que o *animus furandi* (dolo de subtração) restou plenamente configurado, haja vista que a vítima asseverou sob o crivo do contraditório que o acusado chegou ao bar dizendo que precisava pegar a cachaça e que ia roubá-la. Confira-se: "o depoente confirma os fatos da denúncia; o acusado chegou no bar dizendo que precisava pegar a cachaça; disse também que ia roubar o depoente [...]" (f. 151).

Assim, não havendo qualquer prova nos autos demonstrando a suposta pretensão do agente e, restando, por outro lado, configurado o dolo de subtração, há que ser mantida a condenação do réu pelo crime de furto, não havendo que se cogitar em desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 345, do Código Penal.

Em casos similares, no mesmo sentido tem decidido este egrégio Tribunal de Justiça:

> Apelação criminal. Furto qualificado. Desclassificação para o crime de exercício arbitrário das próprias razões. Descabimento. Dívida não comprovada. Condenação mantida. Repouso noturno. Decote. Impossibilidade. Recurso não provido. - Não tendo a defesa logrado êxito em comprovar que a intenção

> do acusado, ao subtrair os bens da vítima, era saldar, forçadamente, uma dívida do ofendido para com ele, não é possível a desclassificação da conduta para o delito de exercício arbitrário das próprias razões. - A causa de aumento de pena do repouso noturno reside não na maior vulnerabilidade a que fica exposta a vítima, mas no menor poder de vigilância dessa sobre o seu patrimônio, em períodos desprovidos da iluminação solar, razão pela qual é irrelevante o fato de se tratar de estabelecimento comercial ou de residência, habitada ou desabitada, bem como o fato de a vítima estar, ou não, efetivamente repousando. - Recurso não provido. (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0518.17.001606-8/001, JD Convocado Fausto Bawden de Castro Silva, 4ª Câmara Criminal, j. em 13/3/2019, p.em 20/3/2019).
>
> Apelações criminais. Furto. Absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria comprovadas. Princípio da insignificância. Falta de amparo legal. Desclassificação para exercício arbitrário das proprias razões. Descabimento. Decote da qualificadora do concurso de pessoas. Inviabilidade. Redução da prestação pecuniária. Impossibilidade. Fixação no mínimo legal. Isenção das custas processuais. Descabimento. Competência do juízo da execução. Recursos não providos. - Comprovado nos autos a materialidade e a autoria do crime de furto, sendo inaplicável o princípio da insignificância por falta de amparo legal, imperativa é a condenação dos réus. - Não havendo provas de que os réus agiram para satisfazer pretensão legítima, não há falar-se em desclassificação para o delito de exercício arbitrário das próprias razões. - Restando demonstrando que os réus agiram em comunhão de esforços, inviável o decote da qualificadora do concurso de pessoas. - Descabida a redução da pena de prestação pecuniária que estabelecida no mínimo legal previsto no art. 45, parágrafo 1º, do Código Penal. - Incabível a análise do pedido de isenção das custas processuais, por se tratar de matéria afeta ao Juízo da Execução. (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0394.11.003237-9/001, Rel. Des. Eduardo Machado, 5ª Câmara Criminal, j. em 26/6/2018, p. em 2/7/2018).

Além disso, a Defesa pleiteou a absolvição do réu pelo crime de lesão corporal diante da fragilidade probatória, com fundamento no art. 386, incisos V e/ou VII, do Código de Processo Penal.

Todavia, melhor sorte não lhe socorre.

Afinal, a prova constante nos autos é bastante firme e consistente ao demonstrar a prática da lesão corporal em face da vítima W.A.O.

A existência do crime restou plenamente comprovada pelo Exame de Corpo de Delito Indireto de f. 143/144.

A autoria, da mesma forma, restou inconteste, tendo em vista que o próprio réu assumiu em Juízo que "[...] pegou o outro pedaço e saiu correndo atrás da vítima; [...]" (f. 154).

A vítima, por seu turno, garantiu sob o crivo do contraditório que fora brutalmente agredida pelo réu utilizando-se de um pedaço de pau, *in verbis*: "[...] em razão das pauladas que recebeu do acusado, o depoente ficou internado, [...] confirma o depoimento de f. 104 dos autos; [...]" (f. 151).

Assim, havendo provas contundentes nos autos demonstrando que o réu agrediu a vítima com golpes de pedaço de pau, resta inviável a absolvição pleiteada.

Inclusive, neste sentido, encontra-se o judicioso parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 231/234.

Restando confirmada a condenação do réu, apesar de não haver insurgência recursal, em respeito à ampla devolutividade do recurso de apelação, cumpre destacar que suas reprimendas foram fixadas de maneira correta, em observância ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, *XLVI*, CR/88) e consoante o disposto nos art. 59 e 68, do Código Penal, não havendo reparos a se fazer de ofício.

Na primeira fase dosimétrica, embora discorde da análise desfavorável da conduta social e da personalidade do agente, entendo que as penas-base foram fixadas de forma justa, adequada e razoável considerando especialmente a intensidade negativa da culpabilidade do réu e seus maus antecedentes (CAC de f. 171/172), tanto é que tal ponto sequer fora alvo de insurgência recursal.

Ademais, na segunda fase, vislumbra-se que as penas-base foram corretamente exasperadas na fração de 1/6 (um sexto) diante da agravante da reincidência (art. 61, *I*, CP), atestada pela certidão cartorária de f. 171/172.

Assim, com tais considerações, mantenho a pena definitiva em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa pelo crime de furto, e 7 (sete) meses de detenção pelo crime de lesão corporal.

Diante da quantidade de pena imposta e da reincidência do réu, conservo o regime semiaberto para início de cumprimento da pena, com fundamento no art. 33, do Código Penal c/c Súmula nº 269, do STJ.

Pelo mesmo motivo, resta inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, eis que ausente o requisito legal disposto no inciso II, do art. 44, do diploma repressivo.

Por fim, merece ser tecida uma pequena consideração sobre o momento inicial de execução da pena.

Na data de 11 de novembro de 2016, por maioria (6 a 4), o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF), reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos Tribunais Superiores. A decisão foi tomada na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 964246, que teve repercussão geral reconhecida e, com efeito, tal posicionamento deve ser seguido por todas as instâncias inferiores da Justiça. Tal efeito, inclusive, fora confirmado nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 43/44, na data de 5/10/16, com efeito *erga omnes*.

Desta forma, curvando-me à hodierna orientação jurisprudencial emanada pelo STF, exauridos os recursos a serem interpostos nesta instância (embargos declaratórios e infringentes), determino o imediato início de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao acusado A.A., devendo, para tanto, ser expedida a pretensa guia de execução e mandado de prisão com prazo de validade de 8 (oito) anos (art. 109, IV, do CP).

Com tais considerações, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO, devendo ser mantido na íntegra o édito condenatório prolatado em primeira instância.

De ofício, exauridos os recursos ainda cabíveis em segunda instância, determino o pronto cumprimento pelo réu A.A., da pena privativa de liberdade, com a incontinenti expedição da respectiva guia de execução e mandado de prisão com prazo de validade de 8 (oito) anos (art. 109, IV, do CP).

Custas *ex lege* (f. 176v.).

DES.ª DENISE PINHO DA COSTA VAL - Acompanho o eminente Des. Relator, quando mantém a condenação do apelante como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, do Código Penal, porquanto amplamente comprovadas a autoria, a materialidade e a tipicidade do delito.

Lado outro, levanto preliminar de ofício consistente na extinção da punibilidade do réu pela decadência em relação ao delito de lesão corporal.

Registre-se que a, requerimento das partes, ou de ofício, a decadência, por ser matéria de ordem pública, pode ser declarada em qualquer momento processual (art. 61, do Código de Processo Penal).

Extrai-se dos autos que o réu teria cometido, em tese, o delito de lesão corporal, previsto no art. 129, *caput*, do Código Penal, em desfavor da vítima W.A.O.

De acordo com o art. 88, da Lei nº 9.099/9: "Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas."

Desta forma, as ações penais somente se processarão, caso a vítima ofereça a representação criminal dentro do prazo decadencial, conforme previsto no art. 38, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

No caso em tela, embora a vítima tenha alegado que foi agredida por A., ela não chegou a formalizar a representação contra o seu ofensor.

Observa-se que não veio para os autos nenhuma representação da vítima a autorizar o ajuizamento desta ação.

Assim, ultrapassado o prazo legal de 6 (seis) meses para a representação, decreto a extinção da punibilidade do crime de lesão corporal.

Em relação ao delito de furto, vejo que a r. sentença merece uma pequena reforma quanto à pena imposta.

Ao exame das balizas judiciais, a magistrada *a quo*, considerou como desfavoráveis ao réu a culpabilidade, os antecedentes, a personalidade e a conduta social.

Ocorre que a culpabilidade, já se encontra, *in casu*, inserida na conduta delitiva, ou seja, faz parte integrante do próprio tipo penal, não constituindo em nenhum plus de reprovação. Ademais, o fato de o réu possuir outros envolvimentos ilícitos já constitui fundamento para sopesar os maus antecedentes, motivo pelo qual não pode ser considerado na presente baliza, sob pena de configurar *bis in idem*.

Os antecedentes do recorrente realmente não lhe favorecem, pois, pela certidão de f. 171/172, verifica-se que ele possui duas condenações transitadas em julgado por crimes anteriores, podendo uma delas ser considerada como maus antecedentes e a outra como agravante da reincidência.

A conduta social e a personalidade, por sua vez, não podem ser desfavoráveis ao acusado, pois não há elementos suficientes nos autos para examiná-las.

Passo, pois, à reestruturação das penas.

Na primeira fase, considerando como desfavoráveis ao réu os maus antecedentes, fixo a pena-base para de furto em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, não há circunstâncias atenuantes, mas presente a agravante da reincidência (CAC de f. 171/172), aumento a pena do réu em 1/6 (um sexto), fixando-a em 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 dias de reclusão, e 12 (doze) dias-multa.

E, na terceira fase, à míngua de causas especiais de aumento ou diminuição de pena, concretizo a reprimenda de A., em 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 dias de reclusão, e 12 (doze) dias-multa.

Mantenho o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena pelo réu, por ser ele reincidente e portador de maus antecedentes.

Em face do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, para declarar extinta a punibilidade do réu em relação ao delito de lesão corporal, bem como para reduzir a pena imposta ao réu para o delito de furto, concretizando sua reprimenda em 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 dias de reclusão, em regime semiaberto, e 12 (doze) dias-multa, à razão mínima legal.

Acompanho, no mais, o voto condutor.

É como voto.

DES.ª MÁRCIA MILANEZ de acordo com a il. DES.ª DENISE PINHO DA COSTA VAL.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO E, DE OFÍCIO, DETERMINARAM O INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA.

Recurso em sentido estrito. Homicídios qualificados tentados. Impronúncia. Impossibilidade. Desclassificação para a contravenção penal de vias de fato. Descabimento. *Animus necandi* evidenciado. Recurso desprovido

- Existindo indícios suficientes de participação dos recorrentes nos delitos de homicídios qualificados tentados, não se vislumbrando hipótese de causa de isenção de pena, exclusão do crime ou inexistência de animus necandi, de rigor a manutenção da decisão de pronúncia, ficando o exame mais acurado do conjunto probatório a cargo do Conselho de Sentença.

REC EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0349.17.000206-8/001 - Comarca de Jacutinga/MG - Recorrentes: D.N.G. e S.G. - Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. EDUARDO MACHADO.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em, À UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de junho de 2019. - *Eduardo Machado* - Relator.

Voto

DES. EDUARDO MACHADO RELATOR - Trata-se de recurso em sentido estrito interposto contra a decisão de f. 526/531, que pronunciou os denunciados nas sanções dos art. 121, § 2º, II e IV c/c 14, inciso II, por duas vezes, c/c art. 129, *caput*, na forma do art. 71, todos do Código Penal, para julgamento pelo Tribunal do Júri.

Nas razões recursais f. 548/561, requer a defesa, em síntese, a impronúncia por ausência de indícios suficientes da participação dos recorrentes como autores dos fatos. Subsidiariamente, pede a desclassificação para a conduta descrita no art. 21, da Lei de Contravenções Penais, por inexistência de provas de lesões sofridas pela ofendida no auto de corpo de delito, bem como o não enquadramento da conduta na violência doméstica disposta no Código Penal ou na Lei Maria da Penha, por ausência de vínculo afetivo entre os acusados e a vítima.

Contrarrazões recursais em f. 562v./566v. Juízo de retratação em f. 542.

Manifesta-se a douta Procuradoria de Justiça, em f. 571/575, pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É, em síntese, o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os requisitos de admissibilidade.

Narra a denúncia que, no dia 2 de janeiro de 2017, por volta das 17h30min, na Rua XXXXXXXXX nº XX, bairro XXXX XXXXXXXXX, em Jacutinga/MG, os denunciados S.G. e D.N.G. ofenderam a integridade

corporal da vítima L.M.S., causando-lhe lesões corporais. Segundo apurado, na data dos fatos, os acusados compareceram até a residência das vítimas L.M.S. e V.O.L. e proferiram inúmeras palavras injuriosas e ofensivas, passando em seguida a atirar pedaços de tijolo contra os ofendidos, vindo um dos fragmentos a atingir a cabeça de L.M.S. que precisou ser socorrida. Consta, ainda, que na mesma ocasião, os acusados, com animus necandi, mediante motivo fútil e contra mulher, tentaram matar as vítimas J.M., L.M.S. e V.O.L. somente não consumando o delito por circunstâncias alheias às suas vontades, eis que os projéteis de arma de fogo não atingiram os ofendidos. Depreende-se que V.O.L. disse que iria chamar a polícia em razão da lesão corporal sofrida por sua amásia, sendo que os denunciados disseram que não tinham medo da polícia e que iriam "buscar uma arma". Apurou-se que V.O.L., além de acionar a polícia, chamou um táxi visando levar a vítima L.M.S. para o pronto socorro municipal em virtude do ferimento que ela havia sofrido. Assim que o táxi conduzido pelo ofendido J.M. saiu da casa das vítimas com destino ao hospital, o automóvel cruzou com o carro ocupado pelos acusados, bem como por uma terceira pessoa não identificada, momento em que o denunciado S.G. efetuou dois disparos de arma de fogo em direção a V.O.L. e L.M.S. e do aludido motorista, todos ocupantes do carro, sendo que um dos projéteis atingiu o portão de uma casa e o outro acertou o táxi. Iniciou-se, então, uma perseguição na qual os denunciados tentavam alcançar o carro em que as vítimas estavam, oportunidade em que D.N.G. efetuou três disparos de arma de fogo que também não acertaram os ofendidos.

Após regular instrução, foram os recorrentes pronunciados como incursos nas sanções dos art. 121, § 2º, II e IV c/c 14, inciso II, por duas vezes, c/c art. 129, *caput*, na forma do art. 71, todos do Código Penal, para julgamento pelo Tribunal do Júri.

De pronto, vale ressaltar que para a pronúncia, mero juízo de admissibilidade da acusação, exige-se prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria ou participação, e não prova inequívoca, até porque, nesta fase, é vedado o aprofundamento na análise da prova, sob pena de invasão da competência do Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida por força de mandamento constitucional.

Não se convencendo o Juiz, nesta fase processual, da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou participação, nos termos do art. 414, do CPP, caso é de impronúncia do réu; limitando-se, lado outro, a possibilidade de absolvição sumária, às hipóteses em que restar provada a inexistência do fato, não ser ele autor ou partícipe do fato, não constituir o fato infração penal, ou, quando demonstrada causa de isenção de pena ou exclusão do crime, a teor do art. 415, do CPP.

A materialidade dos fatos é inconteste diante do Auto de Prisão em Flagrante Delito de f. 2/7; Boletim de Ocorrência de f. 11/17; Laudo Médico de f. 20/21, Reconhecimento Fotográfico de f. 57/77, Reprodução Simulada de Crime Contra a Pessoa de f. 485/498; bem como pela prova oral colhida.

Da mesma forma, depreende-se dos autos indícios suficientes de autoria em desfavor dos recorrentes, não havendo que se falar, pois, em sua impronúncia.

A propósito, verifica-se que, sob o crivo do contraditório, os recorrentes negaram a autoria dos delitos perpetrados em face das vítimas (f. 408/408v. e 417).

Em que pese a negativa de autoria sustentada pelos réus, observa-se que, em juízo, a vítima V.O.L. narrou de forma pormenorizada a empreitada criminosa, esclarecendo que estava em sua casa quando ouviu três rapazes, que aparentavam estar embriagados, importunando a mulher do declarante. Asseverou que após

uma discussão a esposa do depoente se virou e foi atingida na nuca por um tijolo e começou a sangrar. Ressaltou que acionou a polícia e chamou um táxi a fim de levar a companheira ao hospital, oportunidade em que os suspeitos retornaram armados, efetuando disparos com arma de fogo. Narrou que os disparos vieram do interior de um carro Gol branco, mesmo automóvel em que os acusados estavam quando proferiram xingamentos. Por fim, destacou que "na Delegacia disse que não tinha visto os réus em frente a sua casa no momento dos fatos porque estava sendo ameaçado pelos réus dentro da viatura e também em frente ao Quartel de Polícia" (f. 401/401v.).

Corroborando a versão de V.O.L. foi o depoimento judicial da vítima L.M.S., a qual foi taxativa em alegar que estava no portão da casa quando pessoas que estavam em um carro branco passaram proferindo palavras de baixo calão contra a declarante e ainda jogaram um tijolo contra a depoente, que desmaiou. Afirmou que estava em um táxi quando pessoas que também estavam em um carro branco efetuaram disparos de arma de fogo e, por fim, que foi ameaçada por ciganos na porta do Quartel (f. 402/402v.).

E mais, o ofendido J.M., que conduzia o táxi descrito na denúncia, afirmou, perante a Magistrada primeva, que foi chamado para levar uma menina para o hospital quando ouviu os tiros que, inclusive, atingiram o carro do depoente, mas disse não ter visto os autores dos disparos (f. 403).

Neste contexto, a despeito das alegações defensivas e da negativa de autoria alegada pelos recorrentes, há nos autos indícios suficientes de participação dos acusados nos crimes narrados na peça de ingresso; assim, não se vislumbrando hipótese de causa de isenção de pena ou exclusão do crime, de rigor a manutenção da decisão de pronúncia, ficando o exame mais acurado do conjunto probatório a cargo do Conselho de Sentença, juiz natural competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, *ex vi do* art. 5º, XXXVIII, alínea *d* da CF/88.

Neste sentido, trago à colação:

> Recurso em sentido estrito. Crime doloso contra a vida. Tentativa de homicídio doloso qualificado. Absolvição sumária. Legítima defesa. Desclassificação. Decote qualificadora. *In dubio pro societate*. Questão a ser dirimida pelo conselho de sentença. - Na dúvida, compete ao Júri a apreciação dos fatos em face da maior amplitude da acusação e da defesa em plenário, justificando-se a absolvição sumária somente quando manifesta e inconteste a excludente de ilicitude. (TJMG - RSE n.º 1.0024.01.023078-7/001, Rel.ª Des.ª Maria Celeste, v.u., 5ª Câmara Criminal, j. em 10/3/2009; p. em DOMG de 23/3/2009).

> Recurso em sentido estrito. Tentativa de homicídio simples. Pronúncia. Absolvição sumária. Tese de legítima defesa. Ausência de prova cabal. Desclassificação. Inviabilidade. Dúvida quanto à real intenção do agente. Soberania do tribunal do júri. Fase processual. Recurso conhecido e desprovido. - Vigora, na fase processual atinente à pronúncia do réu, o princípio do *in dubio pro societate*, razão pela qual as teses defensivas que subtraiam do Tribunal do Júri a apreciação da matéria somente devem ser acolhidas quando vierem acompanhadas de prova cabal, contundente. Neste sentido, a dúvida em relação à caracterização da legítima defesa e à ausência do *animus necandi*, por ora, não beneficia o acusado. (TJMG - RSE n.º 1.0079.02.020154-1/001, Rel.ª Des.ª Márcia Milanez, v.u, 1ª Câmara Criminal., j. em 11/12/2007; p. em DOMG de 11/1/2008).

Quando à desclassificação para a contravenção penal de vias de fato, o pleito almejado só é possível quando inequivocadamente restar comprovada a ausência de intenção de matar na conduta dos agentes.

No caso em tela, por ora, a intenção homicida dos recorrentes não pode ser afastada, vez que as provas até então existentes nos autos não nos permitem concluir pela ausência do animus necandi nas suas condutas.

Afere-se do contexto dos autos que, se os réus não quiseram ceifar as vidas das vítimas, no mínimo assumiram o risco de tal resultado, que felizmente não se consumou. Considerando que os recorrentes efetuaram disparos de arma de fogo em desfavor das vítimas e apesar da defesa alegar a ausência de prova pericial, diante dos depoimentos até então colhidos não há como sonegar o julgamento pelo Tribunal Popular acolhendo a inexistência do dolo homicida. Desse modo, por ora, não há que se falar em desclassificação para a contravenção penal de vias de fato.

Em relação ao pleito de desconsideração do delito de lesão no âmbito doméstico, vale destacar que os autores sequer foram denunciados em tal contexto, mas pela prática do crime de lesão corporal previsto no caput do art. 129, do CP que não guarda relação com a violência perpetrada em virtude de vínculo de afinidade.

Destarte, satisfeitos os requisitos do art. 413, do CPP, a r. decisão de pronúncia deve ser integralmente mantida.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO, mantendo-se *in totum* a decisão hostilizada.

É como voto.

Custas na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JÚLIO CÉSAR LORENS e ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO.

Súmula - À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Recurso em sentido estrito. Tráfico de drogas e posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Revogação da liberdade provisória concedida. Inviabilidade. Inexistência dos requisitos previstos no art. 312, do CPP. Liberdade mantida. Recurso não provido

- Encontrando-se a recorrida solta há aproximadamente 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, não havendo, neste lapso temporal, notícia de que tenha infringido qualquer dos requisitos elencados no art. 312, do CPP, inexiste qualquer das hipóteses autorizadoras da custódia preventiva, devendo a ré ser mantida em liberdade.

REC EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0525.18.000505-6/001 - Comarca de Pouso Alegre - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrida: E.A.S.R. - Relator: DES. JÚLIO CÉSAR LORENS

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de junho 2019. - *Júlio César Lorens* - Relator.

Voto

I - Relatório.

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - Trata-se de recurso em sentido estrito, interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, contra a decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Pouso Alegre/MG, que concedeu liberdade provisória à recorrida E.A.S.R. (f. 31/32).

Em suas razões recursais (f. 2/4), o *Parquet* busca a decretação da prisão da recorrida, argumentando, em síntese, que se encontram presentes os requisitos previstos no art. 312, do CPP, ressaltando os fortes indícios de que a suspeita possua habitualidade na prática delitiva. Aduz que apesar de o laudo toxicológico preliminar de drogas ter sido inconclusivo ao analisar a natureza da substância apreendida, o laudo definitivo apontou a presença de cocaína.

Contrarrazões às f. 38/40v., nas quais a defesa pugna pelo não provimento do recurso.

Em sede de juízo de retratação (f. 41/41v.), a decisão foi mantida, tendo a d. Procuradoria-Geral de Justiça opinado pelo provimento do recurso (f. 63/64v.).

É o relatório.

II - Juízo de Admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso interposto.

III - Fundamentação.

Como visto, pleiteia o *Parquet* a decretação da prisão da recorrida, sob o fundamento de que se encontram presentes os requisitos previstos no art. 312, do CPP, ressaltando a presença de fortes indícios de que a acusada se dedique com habitualidade à prática delitiva, bem como que restou comprovada a materialidade do delito de tráfico de drogas a partir do laudo toxicológico definitivo.

Tenho, contudo, que razão não lhe assiste.

Em detida análise do feito, verifica-se que a recorrida se encontra beneficiada pela liberdade provisória desde janeiro de 2018, há cerca de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, sendo que neste lapso temporal, não há notícia nestes autos de que a acusada tenha infringido qualquer dos requisitos elencados no art. 312, do CPP, inexistindo, assim, qualquer das hipóteses autorizadoras da custódia preventiva, devendo ser conservada em liberdade.

Sendo assim, observando-se o lapso temporal desde a concessão da liberdade provisória à suspeita, bem como a ausência dos requisitos constantes no art. 312, do CPP, entendo que não merece ser reformada a decisão combatida.

Neste sentido já decidiu este Tribunal:

> Recurso em sentido estrito. Relaxamento da prisão em flagrante. Irresignação ministerial. Decretação da prisão preventiva. Descabimento. Inexistência de elementos indicativos da necessidade da custódia. Delito cometido sem violência ou grave ameaça e cuja pena máxima é inferior a 4 (quatro) anos. Lapso temporal decorrido desde a decisão combatida. Recurso desprovido. - [...] Estando o recorrido em liberdade há oito meses sem que haja nos autos evidências de que tenha oferecido risco à ordem pública ou à aplicação da lei penal, mantém-se a decisão concessiva da liberdade provisória. (TJMG - Rec em Sentido Estrito nº 1.0471.17.004270-2/001, Rel.ª Des.ª Márcia Milanez, j. em 5/12/2017).

Ademais, nos termos do art. 316, do CPP, poderá o magistrado decretar novamente a prisão preventiva do recorrido, caso sobrevenham razões a justificar a segregação cautelar.

Assim sendo, deve ser mantida a decisão de f. 31/32 em todos os seus termos.

IV - Dispositivo.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO e PEDRO COELHO VERGARA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal. Sequestro ou cárcere privado. Desclassificação para constrangimento ilegal. Recurso do Ministério Público. Necessidade. Pretensão à condenação pelo delito de cárcere ou sequestro. Inadmissibilidade. Ausência do dolo específico de supressão ou restrição da liberdade física da vítima. Sentença mantida

- Obrigada a vítima a ir a determinado lugar, em oposição à sua vontade, configura-se o crime de constrangimento ilegal, e não de sequestro, já que esses delitos diferenciam-se pelo elemento subjetivo: enquanto o primeiro reclama a simples voluntariedade de um fato, e um fim imediato específico expressamente enunciado na lei (constranger alguém a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda), o sequestro exige a vontade consciente e dirigida à ilegítima privação ou restrição da liberdade alheia.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0720.14.000718-1/001 - Comarca de Visconde do Rio Branco - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: E. M. - Relator: WANDERLEY PAIVA (DESEMBARGADOR)

Acórdão

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

Belo Horizonte, 18 de junho de 2019 - *Wanderley Paiva* - Relator.

Voto

DES. WANDERLEY PAIVA (RELATOR) - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto em face da sentença de f. 126/129, por meio da qual a MMª Juíza *a quo* da Vara Criminal e de Execuções Fiscais da Comarca de Visconde do Rio Branco desclassificou a conduta imputada ao réu E.M., nos termos do art. 148, § 1º, I, do Código Penal para o delito previsto no art. 146, *caput*, do mesmo Código e, em relação a todos os delitos em apuração (artigos 147, *caput*, c/c; art. 146, *caput*, c/c art. 330, todos do Código Penal; c/c art. 21, da LCP), ante o implemento do prazo de prescrição abstrata, com fulcro nos art. 107, IV, do CP c/c art. 109, V e VI, também do Código Penal.

Em suas razões recursais, f. 135/139 insurge-se o Ministério Público quanto à desclassificação da conduta do imputado para o delito descrito no art. 146 do Código Penal, requerendo a condenação deste como incurso nas sanções do delito previsto no art. 148, § 1º, I, do Código Penal.

Em contrarrazões de f. 140/141, a defesa pugna pela manutenção da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se, às f. 147/148, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Não há, nos autos, nulidades ou irregularidades a serem sanadas de ofício.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Narra a denúncia que:

> Consta do caderno policial, que no dia 11 de fevereiro de 2014, na Rua XXX XXXXXXX, nº XX, bairro Eduardo Torrent, São Geraldo - MG, o denunciado após desobedecer ordem legal de funcionário público, adentrou na residência das vítimas, privando a liberdade de sua filha S.C.M., mediante sequestro ou cárcere privado.
>
> Consta ainda, que, na mesma hora e local supramencionado, o denunciado agrediu fisicamente sua ex-amásia S.F.G.M., assim como, ameaçou-lhe causar mal injusto e grave.
>
> Segundo restou apurado, o denunciado, após desobedecer medida protetiva (330, CP – nº 0720 12 003303-3), adentrou na residência das vítimas e, foi até quarto de sua filha, e, usando de violência, a privou de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado (art. 148, § 1º), momento que sua ex-amásia tentou impedir a ação, sendo também agredida pelo denunciado através de empurrões contra a parede (21, LCP).
>
> Ao agredir sua ex-amásia, o denunciado proferiu ameaças no sentido de causar mal injusto e grave, ao dizer que a mataria, em razão do término do relacionamento (art. 147,CP).
>
> Ato contínuo, a vítima S.F.G.M. acionou a presença dos policiais militares, logrando êxito em encontrar o denunciado e a vítima S.C.M. na residência da irmã do mesmo, sendo lhe dado voz de prisão em flagrante.
>
> Assim, está o denunciado, incurso nas sanções do art. 147, 148, § 1º, I e 330 do Código Penal Brasileiro, assim, como, pelo art. 21 da Lei de Contravenções Penais.

Nos termos relatados, o MM. Juiz desclassificou a conduta imputada ao réu E.M., nos termos do art. 148, § 1º, I, do Código Penal para o delito previsto no art. 146, *caput*, do mesmo Código e, em relação a todos os delitos em apuração (artigos 147, *caput*, c/c; art. 146, *caput*, c/c art. 330, todos do Código Penal; c/c art. 21, da LCP), ante o implemento do prazo de prescrição abstrata, com fulcro nos artigos 107, IV, do CP c/c art. 109, V e VI, também do Código Penal.

Nesta instância recursal, vem o Ministério Público requerendo a condenação do réu pelo crime de sequestro (art.148, § 1º, I do CPB) uma vez alegado, em síntese, que a prova dos autos indica que a finalidade do acusado era, efetivamente, de privar a liberdade da sua filha, vítima, pelo que, o entendimento posto na sentença de que se tratou o ato de constrangimento ilegal (art.146, do CPB) fora equivocado.

Pois bem.

Verifica-se do conjunto probatório, constante dos autos, que a conduta do acusado, realmente, amolda-se ao constrangimento ilegal, porquanto o elemento subjetivo do sequestro ou cárcere privado é a vontade conscientemente dirigida à ilegítima privação ou restrição de liberdade alheia, o que não ocorreu na espécie.

Sobre o delito de sequestro ou cárcere privado, Cezar Roberto Bitencourt leciona que:

> A conduta tipificada, com efeito, é privar alguém de liberdade, sendo indiferente o meio escolhido pelo agente, que poderá ser o mais diverso: violência física ou moral, fraude etc. Os elementos constitutivos do crime de sequestro ou cárcere privado são: a detenção ou retenção de alguém em determinando lugar, dissentimento, explícito ou implícito, do sujeito passivo e a ilegitimidade objetiva da retenção ou

> detenção, além, é claro, do dolo, como elemento subjetivo (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Especial 2. 22. ed.São Paulo:* Editora Saraiva, 2022).

Referido autor ainda ensina que: "Sequestro, ou cárcere privado, não se confunde com constrangimento ilegal: enquanto naquele a privação de liberdade perdura no tempo, neste a privação de liberdade é momentânea, para obrigar a vítima a fazer ou deixar de fazer alguma coisa." (op. cit.)

No caso em questão, todavia, não restou satisfatoriamente o dolo do agente em privar a vítima de sua liberdade, mas apenas de forçá-la a ir, primeiramente, ao bar onde o réu tomou uma aguardente e, depois, até a casa de sua tia, onde a vítima foi encontrada por sua mãe e pelos policiais.

O réu, ao ser interrogado em juízo, confessou parte dos fatos narrados na denúncia, f. 110:

> [...]O Juiz deu ciência também ao acusado que o silêncio dele não importará em confissão, e que não poderá ser interpretado em prejuízo do denunciado, nem prejuízo de sua defesa. A seguir o Juiz dá ciência às partes sobre a divisão do interrogatório em duas etapas. A primeira sobre a pessoa do interrogando, quando o Juiz passa a lhe perguntar sobre sua pessoa o depoente diz que é natural de Guiricema, que cursou até a 8ª série, do 1º grau, parou de estudar para trabalhar; que é casado, que tem 1 (uma) filha; que bebe, fuma, não faz uso de entorpecente; que já foi preso e processado anteriormente. A segunda parte sobre a imputação que lhe é feita o interrogando diz que são parcialmente verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que nega tenha agredido fisicamente a ex-companheira, bem como tenha ameaçado esta de morte; que o declarante levou a filha para a casa de sua irmão contra a vontade da mesma; que a filha do declarante estava de chinelo; que o declarante estava bêbado; que nega tenha parado no bar casa verde para beber outra cachaça; que o declarante comprou um pacote de batata para a filha no bar casa verde; que o depoente está morando sozinho; que trabalha como servente de pedreiro; que o declarante sabia que a vítima S. estava amparada por medida protetiva mas mesmo assim foi até a sua casa; que não quer se submeter por ora a tratamento de desintoxicação. Dada a palavra a (o) DD. Promotor de Justiça, através da MM.ª Juiza às perguntas respondeu: que a filha do declarante estava de camisola no momento dos fatos; que a mãe da filha do declarante não tentou impedir que este levasse a filha à força; que lembra de muita coisa sobre os fatos em questão; que nas últimas semanas o depoente esteve na casa da vitima, a pedido desta para tirar um bicho morto que estava no forro do telhado; que o depoente não estava bêbado e não discutiu com a vitima; que mesmo assim a vitima chamou a policia para que o depoente fosse embora depois que ele tinha removido o bicho. Dada a palavra a (o) advogada (o) do réu, através da MMª Juíza às perguntas respondeu: nada perguntou. Às perguntas complementares da MM.ª Juíza, nada perguntou. Nada mais.

Com efeito, a própria ofendida narrou que:

> [...] Aos costumes, disse: ser filha de E. compromissada, na forma da lei, sabendo ler e escrever e, inquirida sobre os fatos, respondeu que presta suas declarações na presença de sua genitora que acompanha e assina o presente termo, bem como a recebe sob sua guarda ao final; que. Relata a declarante que seu genitor já não morava com sua mãe. Em virtude de brigas; que, hoje, à tarde, seu pai chegou na casa da declarante, "bêbado", "ficou falando um monte de bobeira", "ficou xingando minha mãe", sendo que, ao final, seu genitor E. apanhou a declarante à força, segurando-a pela parte posterior do pescoço e a levou de sua casa; que, informa que sua mãe tentou impedir, segurando na roupa dele. Mas ele conseguiu desvencilhar e saiu assim mesmo, levando a declarante à força, empurrando a declarante, ordenando-a que andasse; que. Seu pai abriu o portão e foi empurrando a declarante. Levando-a até a casa de sua tia; que, antes de chegar na casa de sua tia. Seu pai passou com a declarante num bar denominado "casa verde". Bebeu uma pinga de cor amarela; que, diz que seu pai lhe apanhou à força, pois já estava preparada para dormir, estando de pijama, dizendo a ele: "pai, eu estou de pijama e sem chinelo" e ele disse: "não

tem problema, nós vamos para lá assim mesmo": que, diz que, quando seus pais ainda moravam juntos, quando ele bebia, brigavam muito; que, logo depois que havia chegado na casa de sua tia, informa que suas tias discutiram com seu pai. Pois elas não concordavam com a atitude dele; que seu pai disse que iria lhe levar de volta para a casa de sua mãe. Mas sua tia impediu, pois a declarante estava descalça: que a própria declarante disse que não queria mais andar descalça e queria ficar na casa de sua tia durante esta noite, então seu pai ficou mais nervoso e lhe desferiu um tapa na cintura e outro no braço direito: que diz quando ainda estava em frente ao bar pediu a seu pai para ir embora, pois a declarante também chorava naquele momento, então, seu pai também ficou chorando e abraçou a declarante. Oportunidade em que o pijama da declarante. Em formato de vestido, ergueu-se; que, diz que seu pai, estava exaltado e discutia com a declarante quando esta não queria andar durante o trajeto até a casa de sua tia; que, diz que seu pai, foi detido quando estava perto da casa de sua tia, sendo que resistiu à prisão. Nada mais disse, nem lhe foi perguntado. [...] - S.C.M., depoimento colhido na Delegacia de Polícia, f.7.

Em juízo, f.107, acrescentou a vítima:

[...] que confirma suas declarações prestadas perante a autoridade polícia, acostadas aos autos, f. 7; que a declarante tem 9 (nove) anos de idade; que a declarante está cursando o 3º ano, que é a 2ª série; que gosta de ir na escola mais ou menos; que a declarante gosta de ler, de brincar; que a depoente gosta do pai, da mãe; que gostaria que os pais voltassem a morar juntos; que gostaria que os pais voltassem a viver juntos, mas sem brigas; que o pai da depoente bebe todos os dias, e muito; que tem dia que o pai da depoente trabalha; que tem um pouco de medo do pai quando ele está bêbado; que a declarante já pediu ao pai para parar de beber, mas ele não para; que o acusado fica muito bravo quando está bêbado; que os fatos em apuração ocorreram no período noturno; que a declarante estava assistindo novela; que a depoente estava de pijama; que a casa da tia da declarante fica distante da casa de sua mãe; que a depoente andou o trajeto todo descalça; que a depoente dizia ao pai que estava descalça, mas esse; falava que não tinha problema e que, quando a depoente chegasse na casa da tia, iria calçar um chinelo; que a depoente chorou porque sentiu medo do pai; que quando o pai está bêbado chega a bater na declarante; que a depoente tinha medo que o pai lhe batesse na rua; que fica com vergonha de sair com o pai porque ele bebe. Dada a palavra a (o) advogada(o) do réu, através do MM. Juiz, às perguntas respondeu: que o pai faz uso de remédio quando não está bêbado. Às perguntas complementares feitas pela MM.ª Juiza, respondeu: nada perguntou. Nada mais, assinam.

S.F.G.M, mãe da menor e companheira do apelado, disse em juízo:

[...]que confirma suas declarações prestadas perante a autoridade policial acostadas aos autos, f. 6; que já foi agredida outras vezes pelo acusado; que o acusado continua agredindo a declarante, sendo que há dois dias atrás foi agredida novamente; que o acusado faz uso imoderado de bebida alcoólica; que viveu com acusado por 11 anos; que vem tendo problema com o acusado nos últimos dois anos; que viveu na mesma casa com o acusado durante 9 anos; que não sabe se tem em seu favor medida protetiva; que a declarante não deseja medida protetiva porque vai tentar internar o acusado e precisa de ajudá-lo; que o acusado bebe qualquer remédio que vê pela frente e mistura com álcool,' arranca fios e extensões pendura na árvore dizendo que vai se suicidar; que o acusado durante os surto fala coisas que não existem, acusa a declarante de coisas sem nexo e quando bebe fica muito violento; que quando o acusado não bebe ele é pessoa tranquila, quase nem fala; que o acusado não é de agredir fisicamente a declarante, ele a pena; agride com palavras; que o acusado nunca mais ameaçou a declarante depois que foi preso. Dada a palavra a (o) advogada (o) do réu, através do MM. Juiz, às perguntas: respondeu que o acusado fazia uso de medicamento de tarja preta, mas ultimamente não está ingerindo; que a declarante acredita que d acusado tem algum problema de ordem psíquica. - f.106.

Denota-se a impossibilidade de condenação do acusado no delito previsto no art. 148 do CP, já que houve, de fato, uma situação de constrangimento ilegal, uma vez que a menor foi obrigada a fazer algo contra sua vontade.

Não se está aqui, de forma alguma, afastando, ou minimizando, a evidente truculência e irresponsável conduta do pai contra a própria filha menor, todavia, entende este Relator que ficou demonstrada, volto a dizer, apenas a vontade do agente em constranger a ofendida em fazer o que, definitivamente, não queria, ainda que ela tenha sido tolhida, por curto espaço de tempo, da sua liberdade de ir e vir.

Nesse sentido, mister atentar para julgado do TJRS:

> Apelação. Sequestro e cárcere privado. Art. 148, § 1º, v, do CP. Desclassificação para a conduta descrita no art. 146, do CP. Assentada a vontade do agente em privar a liberdade da vítima, apenas para reatar o namoro, tem-se por configurado o tipo penal do constrangimento ilegal. Competência. A desclassificação para conduta que se configura como de menor potencial ofensivo determina a remessa dos autos ao JECRIM. Apelo provido em parte. *Un nime*. (Apelação Crime nº 70031764194, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Ivan Leomar Bruxel, j. em 14/12/2011).

Certo é que a prova testemunhal, colhida nas fases procedimentais, e demais elementos probatórios são suficientes para amparar a decisão da juíza singular, que desclassificou a conduta para aquela prevista no art.146, do CPB.

Nesse contexto, diante da inexistência de indícios que consubstanciem, de forma indubitável, o crime de sequestro, não se pode amparar a pretensão ministerial de condenação do réu nas iras do art.148, § 1º, I, do CPB, eis que reconheço como acertada a decisão combatida, não sendo esta, de forma alguma, contrária à prova dos autos, pois há embasamento probatório nos autos para o veredicto ora em debate.

Com tais considerações, com fulcro nos art. 93, IX, da CF, e art. 155, do CPP, CONHEÇO DO RECURSO, E NEGO-LHE PROVIMENTO, para manter incólume a decisão proferida.

Custas *ex lege*.

Com fulcro no artigo 1º, parágrafo único da Resolução nº 237, de 23/8/2016, comunique-se ao juízo da execução sobre o inteiro teor do presente julgamento.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES KÁRIN EMMERICH e EDISON FEITAL LEITE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal. Causar incêndio em casa habitada prevalecendo-se de relações domésticas. Sentença absolutória. Insurgência ministerial. Condenação. Impossibilidade. Ausência de prova de perigo comum. Conduta que se amolda ao delito de dano simples. Ação penal privada. Ausência de oferecimento da queixa-crime. Decadência operada

- Para a configuração do crime de incêndio, não basta a ocorrência do fogo; é necessário que a sua propagação cause perigo à vida, à integridade física ou ao patrimônio de um número indeterminado de pessoas, já que se trata de infração de perigo comum, cujo bem juridicamente protegido é a incolumidade pública.

- A conduta do réu se amolda, na realidade, à do crime de dano simples. Ocorre que não há como proceder à *emendatio libelli* para condená-lo no crime do artigo 163, *caput*, do Código Penal, pois a ação penal é privada e somente se procede mediante queixa (artigo 167, Código Penal).

- Ausente o oferecimento da queixa-crime no prazo decadencial (artigo 38, *caput*, do Código de Processo Penal, e art. 103 do Código Penal), não tem o Ministério Público legitimidade para a propositura da ação penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0596.14.000763-1/001 - Comarca de Santa Rita do Sapucaí - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: L.F.R.C. - Relator: FLÁVIO BATISTA LEITE (DESEMBARGADOR)

ACÓRDÃO

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

Belo Horizonte, 14 de maio de 2019 - *Flávio Batista Leite* - Relator.

VOTO

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE (RELATOR) - Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em desfavor de L.F.R.C., que foi denunciado como incurso nas iras do artigo 250, § 1º, II, *a,* c/c o artigo 61, II, *f*, do Código Penal (causar incêndio em casa habitada, expondo a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio alheio, prevalecendo-se de relações domésticas).

Conforme relatado na denúncia:

Consta do incluso Inquérito Policial que, no dia 10 de novembro de 2013, por volta das 4 horas, na Rua XXXXXXXXX XX XXXXX XXXXX, nº XXX, casa, Bairro XXXXXX, nesta cidade e comarca, o denunciado causou incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio de sua ex-companheira J.C.S.C., em casa habitada.

Segundo consta, o denunciado mantinha relacionamento amoroso há mais de um ano e meio com J.C.S.C., sendo que às vezes dormia na casa da última, que era um imóvel alugado, de propriedade de M.C.B.

Ocorre que, no dia 8 de novembro de 2013, J. terminou seu relacionamento com o denunciado, sendo que, na madrugada do dia 10 de novembro de 2013, o mesmo invadiu sua residência, enquanto J. estava no banho. Esta, dirigiu-se, imediatamente à Polícia Militar, sendo que o denunciado permaneceu na residência.

Neste momento, o denunciado provocou incêndio na referida residência, mais precisamente em seu segundo andar, havendo a queima de móveis, pertences pessoais, restando completamente destruída, e gerando um prejuízo à proprietária M.C.B. de mais ou menos R$15.000,00 (quinze mil reais).

Os Policiais Militares e Guardas Municipais, ao chegarem ao local, conseguiram controlar o incêndio e o local foi alvo de Laudo Pericial, conforme se observa as f. 38/42. (sic - f. 1D-v.).

Finda a instrução, o juiz julgou improcedente a denúncia e absolveu o acusado da imputação.

Intimações da sentença regulares.

O Ministério Público apelou e requereu a condenação do réu nos termos da denúncia.

Nas contrarrazões, de f. 106-v., a defesa pugnou pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do apelo (f. 111/114).

Esse é, em síntese, o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, uma vez que estão presentes seus pressupostos de admissibilidade e processamento.

Busca o Ministério Público a condenação do réu pelo crime do artigo 250, § 1º, II, *a*, c/c o artigo 61, II, *f*, do CP.

Sem razão.

Primeiramente, ressalto que a prova dos autos não deixa dúvida de que o apelado foi o causador do incêndio, ainda que de forma culposa, na residência de sua ex-companheira, na medida em que ele era a única pessoa que estava no local, além de ter admitido que pode ter deixado um cigarro aceso na casa.

Ocorre que não restou provado que sua conduta gerou perigo a um número indeterminado de pessoas ou a vários patrimônios.

É o que se infere da resposta do perito aos quesitos 10 e 11, do laudo pericial, de f. 38/39:

> 10º) - Era fácil a propagação do fogo aos prédios vizinhos?
>
> Resposta) - Não.
>
> 11º) - Do evento resultou perigo ao patrimônio alheio?
>
> Resposta) - Não.

O crime de incêndio está inserido no Título dos Crimes contra a Incolumidade Pública. Pelo brilhantismo, transcrevo o conceito fornecido por Luiz Regis Prado:

> "A incolumidade pública é a segurança de todos os membros da sociedade, que têm sua vida, integridade pessoal e patrimonial, sujeitas a acentuada probabilidade de lesão. Como estado de incólume, quer dizer livre ou isento de perigo ou de dano. A incolumidade, como bem jurídico, deve ser entendida em sentido estrito. Refere-se assim à vida, à integridade pessoal, à saúde e aos bens individuais, cabendo ao Estado protegê-la. Consiste ela no conjunto das condições, garantidas pela ordem pública, que constituindo a segurança da vida, da integridade pessoal e da saúde, como bens de todos e de cada um, independente de sua pertença a determinada pessoa. Apresenta-se então como bem jurídico de matiz transindividual, de feição coletiva. O indivíduo é tutelado enquanto membro indiferenciado da coletividade" (PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte especial*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 63).

Como se não bastasse, o incêndio (art. 250, do CP) é crime de perigo comum e, como tal, prevê comportamento que gera risco de lesão a um grupo indeterminado de pessoas ou coisas. Vale esclarecer que a perícia, de f. 38/52, atesta somente o dano ao patrimônio (bens móveis) da ex-namorada do réu e, obviamente, à residência, mas nada informa sobre eventual perigo comum gerado pela conduta do apelado. Aliás, não havia mais ninguém no imóvel.

Sobre a imprescindibilidade do laudo que ateste o perigo comum, segue o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> Apelação criminal. Incêndio - [...] - Desclassificação para o delito de dano. Necessidade [...]. - Deve-se proceder à desclassificação do crime de incêndio para o de dano qualificado, se as circunstâncias apuradas nos autos não estão a evidenciar seguramente se a conduta do autor gerou efetivamente exposição a perigo comum ou riscos à incolumidade pública. [...]. (Apelação Criminal nº 1.0710.15.001758-4/001, Rel. Des. Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª Câmara Criminal, j. em 28/11/2018, p. em 7/12/2018).
>
> Apelação criminal. Crime de incêndio. Artigo 250, § 1º, ii, *a*, do código penal. Réu absolvido. Recurso ministerial. Condenação. Impossibilidade. Ausência de exame pericial. Crime que deixa vestígios. Imprescindibilidade. Materialidade não comprovada. Absolvição mantida. Recurso conhecido e não desprovido. Tratando-se de delito que deixa vestígios, como é o caso do crime de incêndio, mostra-se imprescindível a feitura de laudo pericial, comprovando o perigo comum de pessoas ou coisas, sem o que, é de rigor a sua absolvição por falta de prova da materialidade delitiva. (Apelação Criminal nº 1.0290.14.000134-5/001, Rel. Des. Corrêa Camargo, 4ª Câmara Criminal, j. em 11/7/2018, p. em 18/7/2018).
>
> Apelação criminal - [...] - Incêndio - [...] - Crime de incêndio. Não configurado. Reconhecimento - [...]. - Para a configuração do crime de incêndio, não basta a ocorrência do fogo, mas que a sua propagação cause perigo de vida à integridade física e ao patrimônio de um número indeterminado de pessoas, uma vez que se trata de infração de perigo comum, cujo bem juridicamente protegido é a incolumidade pública. [...]. (Apelação Criminal nº 1.0707.13.017744-7/001, Rel.ª Des.ª Denise Pinho da Costa Val, 6ª Câmara Criminal, j. 20/6/2017, p. em 30/6/2017).

Assim, entendo que a conduta do réu se amolda, na realidade, à do crime de dano simples (art. 163, *caput*, do CP).

Ocorre que não há como proceder à *emendatio libelli* para condenar o réu no crime de dano, pois não houve representação da vítima, sua ex-companheira, conforme se vê do termo de desinteresse ao direito de representar à f. 11.

E, nos termos do art. 167, do CP, a ação penal é privada e somente se procede mediante queixa, que não foi oferecida no prazo decadencial (art. 38, *caput*, do CPP, e art. 103 do CP), além de o Ministério Público não ter legitimidade para a propositura da ação penal.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WANDERLEY PAIVA e KÁRIN EMMERICH.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal. Roubo qualificado. Concurso formal. Reconhecimento. Adulteração de placa de veículo automotor. Crime impossível. Inocorrência. Condenações transitadas em julgado em desfavor do acusado. Reconhecimento de maus antecedentes e agravante da reincidência. Possibilidade. Agravante pertinente a crime praticado contra idoso. Vulnerabilidade da vítima presumida. Critério cronológico. Incidência. Fixação de indenização por danos morais à vítima. Inexistência de pedido expresso e discussão nos autos. Exclusão. Recurso provido em parte

- Se o agente, mediante única ação, pratica mais de um roubo, tem-se caracterizado o concurso formal.

- Em relação ao crime previsto no art. 311, do Código Penal, não há que se falar em crime impossível pelo fato de se tratar de adulteração grosseira, realizada por meio do uso de fita isolante, conforme orienta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

- Se o acusado registra mais de duas condenações anteriores transitadas em julgado, uma delas pode funcionar, na primeira fase da fixação da reprimenda, como circunstância judicial desfavorável, nos termos do art. 59, do Código Penal, e a outra na segunda fase de fixação da pena, como agravante da reprimenda a título de reincidência, sem que ocorra *bis in idem*.

- "O estatuto do idoso, considerou juridicamente idosa a pessoa com idade acima de 60 (sessenta) anos, adotando-se, portanto, o critério cronológico. Assim, a vulnerabilidade da vítima é presumida" (*HC* nº 417.150/SE, *DJe* de 28/8/2018).

5. "A reparação de danos materiais, além de pedido expresso, pressupõe a indicação de valor e prova suficiente a sustentá-la, possibilitando ao réu o direito de defesa com indicação de *quantum* diverso ou mesmo comprovação de inexistência de prejuízo material ou moral a ser reparado. Necessário, portanto, instrução específica para apurar o valor da indenização". (AgRg no REsp nº 1778338/AL, *DJe* de 15/2/2019).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0713.18.000966-2/001 - Comarca de Viçosa - Apelante: M.C.R. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: BEATRIZ PINHEIRO CAIRES (DESEMBARGADORA)

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 PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de maio de 2019 - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

Voto

DESA. BEATRIZ PINHEIRO CAIRES (RELATORA) - M.C.R. e V.G.C. foram denunciados pela prática dos delitos tipificados nos art. 157, § 2º, incisos I e II, 311, do Código Penal, e 15 da Lei nº 10.826/03.

Devidamente processados, V.G.C. foi absolvido em relação a todos os delitos e M.C.R., por sua vez, restou condenado pelos crimes de roubo majorado, por 6 (seis) vezes, e de adulteração de placa de veículo automotor, sendo-lhe fixada a pena total de 19 (dezenove) anos, 07 (sete) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime prisional inicialmente fechado, mais 68 (sessenta e oito) dias-multa, à razão unitária mínima.

Além disso, foram fixadas as seguintes indenizações: a) R$3.000,00 (três mil reais) de dano moral para cada vítima; b) R$187,75 (cento e oitenta e sete reais e setenta e cinco centavos) de dano material em favor da vítima J.S.R.F.; c) R$187,75 (cento e oitenta e sete reais e setenta e cinco centavos) de dano material em favor da vítima L.A.A.; e d) R$375,75 (trezentos e setenta e cinco reais e setenta e cinco centavos) de dano material em favor da vítima C.O.

Inconformado, apelou a defesa do sentenciado M.C.R., buscando: (i) a absolvição quanto ao crime previsto no art. 331, do Código Penal, em razão da falsificação grosseira da placa da motocicleta, de molde a revelar o crime impossível; (ii) o reconhecimento do concurso formal próprio em relação aos 6 (seis) roubos; (iii) o reconhecimento do crime continuado, caso não seja reconhecido o concurso formal; (iv) o reconhecimento da impossibilidade de utilização de uma condenação transitada em julgada como maus antecedentes e a outra como agravante da reincidência; (v) o decote da agravante prevista no art. 61, II, *h*, do Código Penal; e; (vi) a exclusão da condenação do réu ao pagamento de danos morais às vítimas (f. 336/446).

Contrarrazões às f. 348/353, defendendo o parcial provimento do recurso, a fim de que seja decotada a indenização por danos morais.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou no sentido do parcial provimento do recurso, reconhecendo-se o concurso formal em relação aos crimes de roubo e decotando-se a indenização por danos morais (f. 358/368).

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Para melhor compreensão da controvérsia devolvida ao julgamento do Tribunal nesta apelação, transcrevo a narrativa dos fatos constante da inicial acusatória:

> Em 16 de fevereiro de 2018, entre 19 e 21 horas, em local ignorado, os denunciados, previamente acertados e em comunhão de desígnios com outros dois comparsas não identificados, adulteraram a placa da motocicleta Honda/CG 125 Fan KS, de propriedade de C.F.M. No mesmo dia, em torno de 21h15, na Praça Doutor Michel, XX, Distrito do Paraguai, Cajuri, nesta comarca de Viçosa, os denunciados e seus dois parceiros, em concurso de pessoas, subtraíram, para si, mediante grave ameaça, exercida com armas de fogo, celulares e dinheiro pertencentes ao idoso C.O., nascido em 11/9/1947, e aos ofendidos L.A.A., P.S.A., J.S.R.F., J.A.M. e J.P.Rodrigues N.A. Por fim, no Povoado do Sapé, zona rural de Cajuri, os denunciados, previamente acertados e em comunhão de desígnios, dispararam arma de fogo em via pública. Ao chegar em casa, no início da noite de 16 de fevereiro de 2018, a testemunha C.F.M. encontrou o namorado V.G.C. e o parceiro M.C.R., ocasião em que emprestou à dupla a motocicleta Honda/CG 125 Fan KS, placa XXX-XXXX. Com a motocicleta em mãos, os denunciados e seus outros dois comparsas cuidaram de adulterar a placa do veículo com o uso de fitas isolantes, transformando a

> sequência alfanumérica XXX-XXXX em XXX-XXXX, a fim de impossibilitar a identificação do bem. Além do veículo com a placa contrafeita, os assaltantes usaram de outra motocicleta para chegarem ao bar do ancião C.O. Já nas imediações do comércio, enquanto um dos criminosos permaneceu do lado de fora, os denunciados e o outro indivíduo, munidos de arma de fogo, adentraram no recinto, renderam o proprietário e os demais presentes, prolataram ameaças de morte, agrediram as vítimas e exigiram que elas se virassem para a parede e entregassem seus bens móveis. De L.A.A., os assaltantes tomaram o celular Samsung J2 e uma carteira com a quantia de R$300,00 (trezentos reais). O ofendido P.S.A. perdeu a posse do telefone Multilaser. Os denunciados também roubaram o telemóvel Samsung Gran Prime e o montante de R$ 300,00 (trezentos reais) de João de Souza Rodrigues Filho; a importância aproximada de R$600,00 (seiscentos reais) do idoso C.V., dono do bar; e os celulares LG de J.A.M. e J.P.R.N.A. Após os roubos majorados, os denunciados evadiram na motocicleta com a placa adulterada, estando M.C.R. na direção veicular e V.G.C. na garupa. Durante a perseguição policial, o denunciado V.G.C. efetuou disparos de arma de fogo em relação aos militares, sendo repelido pelos agentes estatais.

No tocante ao acusado M.C.R., a autoria e a materialidade dos delitos restaram inequivocamente comprovadas, tendo o réu, inclusive, confessado os crimes. Passa-se, portanto, ao exame das questões devolvidas na apelação, conforme relatado.

Pois bem.

Em relação ao crime previsto no art. 311, do Código Penal, não há que se falar em crime impossível pelo fato de se tratar de adulteração grosseira, realizada por meio do uso de fita isolante, conforme orienta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> Recurso ordinário em habeas corpus. - Art. 311, *caput*, do CP. Adulteração de placa traseira do veículo com aposição de fita isolante preta. - As placas de um automóvel são sinais identificadores externos do veículo, obrigatórios conforme dispõe o Código de Trânsito Brasileiro. A jurisprudência do STF considera típica a adulteração de placa numerada dianteira ou traseira do veículo. - Reconhecimento da tipicidade da conduta atribuída ao recorrente. Recurso a que se nega provimento. (*RHC* nº 116371, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 13/8/2013, PROCESSO ELETRÔNICO *DJe*-230 de 21/11/2013, p. em 22/11/2013).

> Penal e processo penal. Agravo regimental no recurso especial. Contrariedade ao art. 41 do CPP. (i) - Sentença condenatória. Tese de inépcia da inicial. Preclusão. (ii) - Inépcia da denúncia. Inexistência. Descrição suficiente dos fatos. Ofensa ao art. 18 do CP. Dolo da conduta. Reexame fático e probatório. Impossibilidade. Súmula nº 7/STJ. Dissídio jurisprudencial. (i) - Ausência de similitude fática entre o aresto recorrido e o paradigma invocado. (ii) - Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Utilização de fita isolante. Tipicidade. Acórdão recorrido de acordo com o entendimento do STJ. Agravo regimental a que se nega provimento. - "A superveniência da sentença penal condenatória torna esvaída a análise do pretendido reconhecimento de inépcia da denúncia, isso porque o exercício do contraditório e da ampla defesa foi viabilizado em sua plenitude durante a instrução criminal". (AgRg no AREsp nº 537.770/SP, Rel. Min Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, *DJe* de 18/8/2015) - Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte Superior de Justiça, tem-se que não é inepta a denúncia que, como no caso presente, narra a ocorrência de crimes em tese, bem como descreve as suas circunstâncias e indica os respectivos tipos penais, viabilizando, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa, nos moldes do previsto no artigo 41, do Código de Processo Penal. - "A desconstituição do entendimento firmado pelo Tribunal Regional diante de suposta contrariedade a lei federal, buscando a reforma da condenação, ante a alegação de ausência do elemento subjetivo do tipo penal (dolo), não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material probante, procedimento de análise

> exclusivo das instâncias ordinárias - soberanas no exame do conjunto fático-probatório -, e vedado ao Superior Tribunal de Justiça, a teor da Súmula 7/STJ". (AgRg no AREsp nº 401.199/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, *DJe* de 12/6/2014) – "Como as conclusões dos arestos em comparação decorreram do exame de aspectos específicos de cada caso, não há falar em similitude fática a justificar a alegação de dissídio, pois não se trata de adoção de soluções diversas para casos idênticos, mas sim de decisões diferentes em razão de circunstâncias diversas peculiares a cada situação analisada". (AgRg nos EREsp nº 1269166/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, *DJe* de 3/9/2015) - "O Superior Tribunal de Justiça bem como o Supremo Tribunal Federal já assentaram ser típica a conduta de modificar a placa de veículo automotor por meio de utilização de fita isolante. De fato, a jurisprudência é pacífica no sentido de que, a conduta de adulterar ou remarcar placas dianteiras ou traseiras de veículos automotores, por qualquer meio, se subsume perfeitamente ao tipo previsto no art. 311, do Código Penal". (*HC* nº 336.517/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, *DJe* de 15/2/2016) - Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp nº 1670062/SP, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 27/6/2017, *DJe* de 1º/08/2017).

> Penal. Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Utilização de fita isolante. Conduta típica. Matéria prequestionada. Agravo desprovido. - A questão da tipicidade ou não da conduta imputada foi expressamente debatida no aresto recorrido, não havendo que se falar em inobservância do necessário prequestionamento. 2. A orientação jurisprudencial desta Corte é pacífica no sentido de que a simples adulteração de placa de veículo automotor, com a utilização de fita adesiva, configura o crime previsto no art. 311 do Código Penal. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no REsp nº 1575337/SP, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. em 25/10/2016, *DJe* de 18/11/2016).

Por outro lado, a meu ver, tem razão à defesa no tocante caraterização do concurso formal próprio em relação aos seis delitos de roubo. Isso porque se tratou de uma só ação, visando a subtração dos patrimônios de todas as vítimas, não sendo correto o fracionamento da conduta realizado na sentença.

De outro lado, se o acusado registra mais de duas condenações anteriores transitadas em julgado, uma delas pode funcionar, na primeira fase da fixação da reprimenda, como circunstância judicial desfavorável, nos termos do art. 59, do Código Penal, e as outras, na segunda fase de fixação da pena, como agravante da reprimenda a título de reincidência, sem que ocorra *bis in idem*.

Além disso, não deve ser decotada agravante pertinente relativa ao crime cometido contra idoso, uma vez que se trata de presunção legal vulnerabilidade, levando-se em conta o critério cronológico. Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Furto. Crime praticado contra idoso. Vulnerabilidade da vítima presumida. Critério cronológico. Mudança de competência introduzida pela lCE nº 228/2013. Ação penal já iniciada. Constrangimento ilegal inexistente. - O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. - O estatuto do idoso, considerou juridicamente idoso a pessoa com idade acima de 60 (sessenta) anos, adotando-se, portanto, o critério cronológico. Assim, a vulnerabilidade da vítima é presumida. - A Lei Complementar n° 228/2013 do Estado de Sergipe, que criou o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, e deslocou a competência para o processamento e julgamento das causas referentes aos idosos da 11ª para a 6ª Vara Criminal da Comarca de Aracajú/SE, em seu art. 1º, § 3º, explicitamente afirmou: Os processos em tramitação na 11ª Vara Criminal que tratem das matérias relacionadas no parágrafo anterior não devem ser redistribuídos e devem permanecer na competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, o qual contará com o auxílio de um

> Juiz, a ser indicado pela Corregedoria Geral da Justiça. No caso, a denúncia oferecida contra o paciente foi recebida em 31/8/2012, ou seja, antes da vigência da Lei Complementar Estadual (7/7/2013), o que afasta o apontado constrangimento ilegal. - *Habeas corpus* não conhecido. (*HC* nº 417.150/SE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 21/8/2018, *DJe* de 28/8/2018).

O estatuto do idoso considerou, juridicamente, idoso a pessoa com idade acima de 60 (sessenta) anos, adotando-se, portanto, o critério cronológico. Assim, a vulnerabilidade da vítima é presumida.

Por fim, requer a defesa a exclusão da indenização fixada à vítima, a título de dano moral.

Assiste-lhe razão.

Conquanto a lei autorize a fixação de valor a título de reparação dos danos advindos do delito, impõe-se seja apurado o montante mínimo do prejuízo decorrente do ilícito, sob pena de ocorrer excesso de condenação e enriquecimento sem causa do beneficiário.

A aludida reparação não pode ser fixada com base em avaliação subjetiva do julgador. É imprescindível que se apure o valor respectivo, sob o crivo do contraditório, o que não ocorreu *in casu*.

O digno sentenciante, sem expender qualquer motivação, fixou o valor de R$3.000,00 (três mil reais), a título de reparação, apenas presumindo que o delito causou dano psíquico às vítimas.

> Processo penal. Agravo regimental no recurso especial. Dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Art. 89 da lei das licitações e peculato (art. 312 do CP). Violação do art. 387, iv, do CPP. Reparação de danos materiais causados pela infração ao erário. Pedido expresso do Ministério Público. Ausência de instrução específica. Violação da ampla defesa e ao contraditório. - A reparação de danos materiais, além de pedido expresso, pressupõe a indicação de valor e prova suficiente a sustentá-la, possibilitando ao réu o direito de defesa com indicação de *quantum* diverso ou mesmo comprovação de inexistência de prejuízo material ou moral a ser reparado. Necessário, portanto, instrução específica para apurar o valor da indenização. - No presente caso, apesar de ter havido pedido expresso do Ministério Público na denúncia para a fixação de valor para a reparação do dano, nos termos do art. 387, inciso IV, do CPP, segundo o Tribunal de origem, não houve instrução específica, o que afastou do acusado a possibilidade de se defender e produzir contraprova. Nessas condições, a condenação do réu ao pagamento de indenização, sem instrução processual específica, obviamente implica cerceamento de sua defesa. - Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp nº 1778338/AL, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 7/2/2019, *DJe* de 15/2/2019)

Além disso, não houve pedido expresso neste sentido pelo Ministério Público na denúncia ou nas alegações finais, não tendo tal questão sequer sido ventilada nos autos, o que não se admite.

Nesse sentido:

> Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Roubo. Aplicação do art. 91, *i*, do CP. Efeito extrapenal. Art. 387, inciso iv, do Código de Processo Penal - CPP. Possibilidade de fixação de valor mínimo para reparação civil dos danos sofridos pelo ofendido. Necessidade de pedido expresso do ministério público. Agravo regimental desprovido. - Consoante dispõe o art. 91, I, do Código Penal: "são efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime". Referido dispositivo trata do efeito extrapenal genérico da condenação, de efeito automático, pois não necessita ser expressamente pronunciado pelo juiz na sentença condenatória para se tornar título executivo judicial a embasar eventual propositura da ação civil *ex delicto*. - Com a alteração instituída pela Lei Federal nº 11.719/08, o inciso IV, do art. 387, do Código de Processo Penal - CPP possibilitou

> que o juiz, ao proferir a sentença condenatória, fixe valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Assim, o aludido dispositivo apenas permitiu a antecipação do momento processual para fixação de um valor mínimo para reparação de danos causados por uma infração penal. - Esta Corte Superior de Justiça entende que "a aplicação do instituto disposto no art. 387, IV, do CPP, referente à reparação de natureza cível, na prolação da sentença condenatória, requer a dedução de um pedido expresso do querelante ou do Ministério Público, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa" (AgRg no AREsp nº 1309078/PI, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 23/10/2018, *DJe* de 16/11/2018). - Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no AREsp nº 1296627/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 13/12/2018, *DJe* de 1º/2/2019).

Assim, alternativa não nos resta senão excluir da condenação o valor fixado como reparação mínima a título de dano moral.

Como consequência do provimento do recurso, no que tange ao concurso formal próprio em relação aos crimes de roubo, a pena deverá ser modificada.

O d. sentenciante aplicou ao réu, pelo crime mais grave, cometido contra a vítima C.O., a pena de 7 (sete) anos, 6 (seis) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, mais 27 (vinte e sete) dias-multa.

Assim, aplicada a regra do concurso formal próprio em relação aos crimes de roubo, e tendo em consideração que o número de delitos é igual a 6 (seis), elevo a pena pela metade, concretizando a reprimenda, então, em 11 (onze) anos, 04 (quatro) meses e 03 (três) dias de reclusão, mais 127 (cento e vinte e sete) dias-multa (20x5+27+127), à razão unitária mínima.

Presente o concurso material em relação ao crime previsto no art. 311, do Código Penal, e levando-se em consideração que a pena para este delito foi fixada em 3 (três) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, mais 15 (quinze) dias-multa, a pena total alcança 14 (quatorze) anos, 8 (oito) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, mais 68 (sessenta e oito) dias-multa à razão unitária mínima - apesar de a pena de multa correta (142) ser superior, impõe-se a sua limitação, sob pena de reformatio *in pejus*.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso para reconhecer o concurso formal entre os delitos de roubo, reduzindo a pena imposta, e excluir os danos morais fixados na sentença, nos termos do presente voto.

Custas, *ex lege*, suspensa a exigibilidade.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES RENATO MARTINS JACOB e MATHEUS CHAVES JARDIM.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Recurso em sentido estrito. Homicídio qualificado. Sumária. Impossibilidade. Excludente da legítima defesa não configurada. Decote da qualificadora. Inadmissibilidade. Recurso desprovido

- Presente a prova da materialidade do crime e contundentes indícios de autoria em desfavor do acusado, não restando comprovado, por outro lado, que ele agiu amparado pela excludente da legítima defesa, imperiosa a manutenção da pronúncia, para que a causa seja submetida ao Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, por força de mandamento constitucional.

- Na fase de pronúncia o decote das qualificadoras só é possível se manifestamente improcedentes, descabidas e sem qualquer apoio no processo, caso contrário, devem ser mantidas para futura análise pelo Tribunal do Júri, como na espécie.

REC EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0393.15.000974-3/001 - Comarca de Manga - Recorrente: L.M.O. - Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. EDUARDO MACHADO.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em, À UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de junho 2019. - *Eduardo Machado* - Relator.

Voto

DES. EDUARDO MACHADO - Trata-se de recurso em sentido estrito interposto contra a r. decisão de f. 202/205v., que pronunciou o recorrente L.M.O. pela suposta prática do delito previsto no art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal.

Em suas razões recursais, às f. 210/215, argui a defesa que as provas do processo autorizam a absolvição sumária do recorrente. Lado outro, ainda requer o decote da qualificadora, por não ter sido o crime praticado com recurso que dificultou a defesa da vítima.

Contrarrazões recursais, em f. 219/222, pugnando pelo conhecimento e não provimento do recurso.

Juízo de retratação, em f. 223, mantendo a decisão hostilizada. Manifesta-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, no parecer de f. 230/272v., pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É, em síntese, o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

De pronto, vale ressaltar que para a pronúncia, mero juízo de admissibilidade da acusação, exige-se prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria ou participação, e não prova inequívoca, até

porque, nessa fase, é vedado o aprofundamento na análise da prova, sob pena de invasão da competência do Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, por força de mandamento constitucional.

Não se convencendo o juiz, nessa fase processual, da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou participação, nos termos do art. 414 do CPP, caso é de impronúncia do réu; limitando-se, lado outro, a possibilidade de absolvição sumária às hipóteses em que restar provada a inexistência do fato, não ser ele autor ou partícipe do fato, não constituir o fato infração penal, ou, quando demonstrada causa de isenção de pena ou exclusão do crime, a teor do art. 415, do CPP.

Narra a denúncia que, dia 7/3/2015, por volta das 4h, no interior do estabelecimento denominado "B.G.C.", localizado na rua XXXXXX XXXXXX XXXX, bairro XXXXXX XXXXXXXXXXX, Jaíba/MG, o denunciado, movido pela consciente vontade de matar e mediante emprego de arma de fogo, efetuou diversos disparos contra a vítima R.F.O., que foram a causa eficiente de sua morte, conforme ACD de f. 47/51.

Restou apurado que o denunciado e vítima iniciaram uma discussão. Ato contínuo, o denunciado se retirou do local dos fatos e, após algum tempo, retornou, partindo em direção à vítima, desferindo os disparos de arma de fogo de inopino, de modo a se configurar o emprego de recurso apto a dificultar a defesa do ofendido.

Após regular instrução, conforme relatado, o réu foi pronunciado pela suposta prática do crime de homicídio qualificado, razão pela qual busca a defesa, inicialmente, a absolvição sumária do acusado, ao argumento que:

> Das provas produzidas nos autos, notadamente do que se extrai dos depoimentos prestados pelas testemunhas, inclusive as arroladas pelo Ministério Público, autorizam, não somente o afastamento da referida qualificadora, bem como a absolvição sumária do ora Recorrente, eis que provado que o mesmo agiu em legítima defesa. (f. 211).

Inicialmente, da análise dos autos, verifica-se que a materialidade do delito de homicídio encontra-se devidamente comprovada pelo Boletim de Ocorrência de f. 3/7, Termos de Declarações/Depoimentos de f. 11/29, Auto de apreensão de f. 30, Laudo de Prestabilidade e eficiência da arma de fogo de f. 33/34, da Certidão de óbito à f. 36 e do Relatório de Exame de Corpo de Delito às f. 47/51.

Da mesma forma, há nos autos indícios de que o recorrente tenha sido o autor do homicídio pelo qual foi denunciado, tanto que se limita a defesa a arguir que ele agiu sobre o pálio da legítima defesa, requerendo, também, o decote da qualificadora de meio que dificultou a defesa da vítima.

Entretanto, para a absolvição sumária pelo reconhecimento desta excludente de ilicitude invocada, é indispensável prova inequívoca de que o autor, usando moderadamente os meios necessários, repeliu injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

No entanto, após detida análise dos autos é possível observar que as provas produzidas não permitem concluir, com segurança, que o réu agiu abarcado por tal excludente de ilicitude.

Ouvido na fase policial (f. 15) e em seu interrogatório (mídia audiovisual à f. 277), o acusado alegou que chegou ao local a convite do seu tio E., tendo escutado a vítima desferindo palavras de baixo calão ao seu parente. Em seguida, os xingamentos também foram destinados ao acusado, ato que persistiu algumas vezes, sendo que ele chegou a bater na mesa. Narrou que o depoente foi para casa e, lá chegando, sua mãe declarou que o pai do denunciado ficou sabendo da discussão e foi até o bar. Sendo assim, voltou para o estabelecimento para evitar que O., fizesse algum mal contra ele. Entretanto, logo que chegou, a vítima teria

colocado a mão dentro da roupa, razão pela qual sacou a arma e disparou contra ele. Pontuou que não sabia quantos tiros havia desferido contra o ofendido, e que chegou a falar alguma coisa com ele, mas não se lembra. Negou que tenha agredido a vítima com socos e chutes, sendo que já estava portando uma arma de fogo desde o início, pois a guardava no seu carro e este estava na oficina. Ao fim, declarou que se tivesse tido "mais cabeça" e maior tranquilidade, poderia ter deixado de disparar contra o ofendido.

A testemunha A.L.R., em juízo (f. 102/102v.), confirmou suas declarações prestadas na fase pré-processual às f. 11/12. Descreveu que a vítima estava na mesma turma que o depoente e que o acusado estava a aproximadamente 80 (oitenta) metros do grupo, com outra turma, na qual também estava E., Narrou que viu uma movimentação estranha, vez que a vítima ia até o grupo e voltava ao grupo de origem. Relatou que E. foi casado com C.M., e que ela também estava no local, que não viu nenhum desentendimento ou provocação entre o acusado e vítima referente à Srª. C.M., observando que o acusado veio em direção à vítima e perguntou: "quem é o corno ai" atirando logo em seguida. Após o primeiro tiro, o acusado desferiu diversos disparos contra a vítima, não sabendo precisar a quantidade, mas foram muitos, tendo o acusado se aproximado da vítima, batendo com seu pé no corpo dela.

E.M.A., durante a instrução (f. 103/103v.), ratificou o depoimento prestado às f. 17/18, alegando que observou a discussão iniciada entre os envolvidos, tendo se retirado do bar com o acusado. Entretanto, descreve que, chegando à sua residência, recebeu ligação noticiando que o denunciado havia retornado ao bar, oportunidade em que se deslocou ao estabelecimento, tendo escutado os disparos efetuados.

Em seguida, M.C.O., perante o magistrado (f. 104), confirmou suas declarações prestadas às f. 24/25, registrando que observou as provocações entre a vítima e o acusado, notando que este se retirou do estabelecimento. Contudo, transcorridos aproximadamente 20min ou 30min., descreveu que o denunciado já chegou atirando no ofendido, fato que transcorreu rapidamente.

A testemunha J.F.J., durante a instrução (f. 105), confirmou suas declarações prestadas às f. 22/23, pontuando que escutou as ofensas e que notou o momento em que o acusado, à distância, efetuou os disparos, que foram realizados assim quando o recorrente chegou ao bar.

Na fase processual, M.A.S., e F.G.A. (f. 106/107) afirmaram que estavam no bar, observando os insultos que a vítima proferia ao denunciado. Pontuaram que os dois estavam bêbados e que não viram o momento em que os disparos foram efetuados, pois saíram do estabelecimento antes do ocorrido.

A testemunha S.A., policial militar, em juízo (f. 108/108v.), afirmou que atendia a outra ocorrência nas circunstâncias dos fatos. Entretanto, vieram-lhe notícias a respeito do que ocorreu, sobretudo quanto às ofensas proferidas pela vítima. Ademais, narrou que, apesar de existir informação no sentido de que R.F.O. andava armado, nas duas oportunidades em que realizou buscas no seu veículo, nada encontrou.

Ademais, J.A.J., (f. 138), afirmou que escutou as provocações, tomando conhecimento do assassinato somente no dia seguinte.

J.P.M.R.N.,(mídia audiovisual à f. 277) asseverou que não testemunhou presencialmente os disparos efetuados, mas que, por morar ao lado, escutou o barulho dos tiros, pontuando que havia observado a discussão entre os envolvidos.

Ao fim, R.A.B., em juízo (mídia audiovisual à f. 277), esclareceu que não avistou o conflito verbal, escutando a vítima, contudo, falando mais alto, descobrindo acerca do homicídio somente no dia seguinte.

Destarte, em que pese a alegação do acusado de que efetuou os disparos de arma de fogo em face do ofendido, depois que ele fez um movimento como se fosse pegar algo por dentro da roupa (f. 15 e mídia audiovisual à f. 277), forçoso concluir que, diante da prova oral até então produzida, bem como das circunstâncias que envolveram a conduta delituosa, não há como se concluir, com a segurança exigida em lei, que ele agiu em legítima defesa, eis que não restou inequivocadamente demonstrado que a vítima realmente levou a mão à cintura, insinuando que iria atirar contra o réu, e, consequentemente, que esse se encontrava em uma situação de iminente agressão, de forma a justificar a reação esboçada.

Nesse contexto, havendo prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria, inexistindo, por outro lado, a certeza de que o recorrente agiu acobertado pela excludente da legítima defesa, impõe-se a manutenção da sentença de pronúncia, ficando o exame mais acurado do conjunto probatório a cargo do Conselho de Sentença, juiz natural competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, *ex vi* do art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *d,* da CF/88.

Acerca do tema, trago à colação os seguintes julgados:

> Recurso em sentido estrito. Delito de homicídio tentado. Absolvição sumária. Impossibilidade. Legítima defesa. Não demonstração de plano. Competência do tribunal popular. Recurso desprovido. - Havendo prova da materialidade e suficientes indícios de autoria do crime de homicídio tentado, e não tendo a tese concernente à legítima defesa sido plenamente demonstrada de plano, a manutenção da decisão de pronúncia se impõe, devendo o caso ser resolvido pelo Júri. (TJMG - Rec em Sentido Estrito nº 1.0522.11.001527-1/001, Rel.ª Des.ª Beatriz Pinheiro Caires, 2ª Câmara Criminal, j. em 25/4/2019, p.em 3/5/2019).
>
> Recurso em sentido estrito. Homicídio qualificado. Despronúncia. Prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. Impossibilidade. Decote das qualificadora de motivo fútil e do recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Inviabilidade. Recurso desprovido. - Consistindo a decisão de pronúncia um juízo preambular de admissibilidade da denúncia, basta nessa fase, a demonstração da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, restando ao Tribunal do Júri o juízo soberano sobre mérito dos delitos dolosos contra a vida. Na fase de pronúncia, o decote de qualificadoras somente é permitido nas hipóteses de serem as mesmas manifestamente improcedentes, vindo demonstrada extreme de qualquer dúvida ou incerteza. (TJMG - Rec em Sentido Estrito nº 1.0024.18.113882- 7/001, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, 4ª Câmara Criminal, j. em 13/2/2019, p.em 20/2/2019).
>
> Recurso em sentido estrito. Homicídio qualificado. Alegada ausência de indícios de participação ou autoria. Absolvição sumária não cabível. Recurso desprovido. Presença de indícios suficientes de autoria. - Para que se profira a decisão de pronúncia é preciso apenas que haja prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, pois se trata de mero juízo de admissibilidade da acusação. - Só há que se falar em absolvição sumária com fulcro no art. 415, inc. II, do CPP, quando manifestamente comprovada a ausência de autoria ou participação do agente. (TJMG - Rec em Sentido Estrito nº 1.0384.16.006745-8/001, Rel.ª Des.ª Catta Preta, 2ª Câmara Criminal, j. 31/1/2019, p. em 11/2/2019).

Lado outro, depreendendo-se dos autos fundadas suspeitas de que o crime foi praticado com meio que dificultou a defesa da vítima, porquanto foi atingida de forma totalmente repentina e inesperada, quando estava no bar e desarmada, sendo alvejada por diversos disparos, não se pode acoimar as qualificadoras

reconhecidas na r. decisão de pronúncia como manifestamente improcedentes, devendo-se preservar a inteireza da acusação, deixando eventual decote a cargo do Conselho de Sentença.

A propósito, esse é o entendimento consolidado pelo Grupo de Câmaras Criminais deste e. Tribunal de Justiça, manifestado através da Súmula nº 64, segundo o qual "Deve-se deixar ao Tribunal do Júri a inteireza da acusação, razão pela qual não se permite decotar qualificadoras na fase de pronúncia, salvo quando manifestamente improcedentes".

Registre-se, ademais, que o fato da vítima ter ofendido moralmente o acusado não impõe o afastamento da qualificadora de meio que dificultou a defesa da vítima, conforme pretende arguir a defesa.

Dessa forma, satisfeitos os requisitos previstos no art. 413, do Código de Processo Penal, não restando cabalmente demonstrada, por outro lado, a impertinência da qualificadora, a decisão de pronúncia deve ser integralmente mantida.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO, mantendo incólume a r. decisão recorrida.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JÚLIO CÉSAR LORENS e ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO.

Súmula - À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal. Furto qualificado. Recurso defensivo. Absolvição. Autoria e materialidade sobejamente comprovadas. Decote das qualificadoras atinente à destruição de obstáculo à subtração da coisa e escalada. Não autorização. Redução da pena-base. Necessidade. Justiça gratuita. Sobrestamento da obrigação do pagamento

- Restando devidamente comprovadas a autoria e a materialidade delitiva do crime de furto qualificado, estando ainda presentes todas as elementares do delito em voga, inadmissível se torna o acolhimento do pleito absolutório manejado pela i. Defesa Técnica. Estando sobejamente demonstrado que o agente, para consecução do crime, destruiu parcialmente a grade interna do imóvel, bem como rompeu uma das janelas, escalando um muro de grades que guarnecia a residência, empenhando, portanto, acesso incomum ao efetivo alcance da *res*, correta se mostra a incidência das qualificadoras insertas, respectivamente, nos incisos I e II, do § 4º, do art. 155, do Código Penal. Apresentando-se exacerbada a pena-base imposta ao réu, sua redução é medida de rigor. Uma vez concedidas as benesses da justiça gratuita, o pagamento das custas processuais fica subordinado ao prazo e termos insertos no art. 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.18.001859-3/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: W.L.B.R. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. PAULO CÉZAR DIAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de junho de 2019 - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

Voto

DES. PAULO CÉZAR DIAS - O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia em face de W.L.B.R., já qualificado nos autos, dando-o como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, I e II, do Código Penal.

Após a instrução processual o MM. Juiz *a quo* julgou procedente a pretensão punitiva estatal contida na denúncia para submeter o réu às penas de 4 (quatro) anos de reclusão, a serem cumpridos inicialmente no regime fechado, mais o pagamento de 20 (vinte) dias-multa, fixado o dia-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente ao tempo do fato, devidamente corrigido quando da sua satisfação.

Irresignado com o r. *decisum*, o réu, ora apelante, interpôs o competente recurso de apelação à f. 173, e, por meio das razões recursais acostadas aos autos às f. 181/187v, vindica a sua absolvição com arrimo na insuficiência probatória. Subsidiariamente, bate-se pela redução da pena-base, decote das qualificadoras

e alteração do regime inicial de cumprimento de pena. Por fim, requereu a concessão das benesses da justiça gratuita.

Contrarrazões Ministeriais às f. 189/191v.

Nesta instância, instada a se manifestar, a d. Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer às f. 196/199v, opinando pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu parcial provimento, apenas para seja reduzida a pena-base e concedida ao apelante as benesses da justiça gratuita.

É o sucinto relatório.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Cinge-se a imputação fática, *in verbis*:

> (...) Consta dos autos que, no dia 15/2/2018, aproximadamente às 23:21h, na Rua F.C., bairro J.B.C., nesta, o denunciado subtraiu coisa alheia móvel de T.S.C., mediante escalada e destruição de obstáculo. Na ocasião, o denunciado chamou um táxi e se dirigiu ao local do crime. Chegando lá, W. gritou chamando por alguém, para verificar se a casa estava realmente vazia e, como ninguém respondeu, pulou o muro da residência. Como o acusado havia pedido para que J., motorista do táxi, lhe esperasse, este aguardou e, após alguns minutos, viu que W. colocou um aparelho de ar condicionado no porta mala do carro. Neste momento, o denunciado disse ao motorista que voltaria para a casa para buscar algumas cadeiras, contudo, J. percebeu que se tratava de um furto e, por isso, deixou o local, já com o aparelho de ar condicionado no carro, e se dirigiu até o posto policial mais próximo. Ao tomar conhecimento dos fatos, os policiais, na companhia do taxista, foram ao local e perceberam que a casa havia sido invadida e que estava toda revirada e sem moradores. Contudo, não encontraram o denunciado. Fizeram, então, contato com outra equipe, passando as características do acusado, e receberam a informação de que W. havia sido capturado e encaminhado para a Delegacia, onde foi reconhecido pela testemunha. O denunciado foi preso em flagrante delito e teve a prisão convertida em preventiva por decisão de f. 35/37. A *res furtiva* foi apreendida, conforme consta à f. 9 e restituída à f. 10. Laudo de avaliação indireta à f. 19. Levantamento pericial do dano acostado às f. 22/24 (Denúncia, f. 1D).

Ausentes questões preliminares ou nulidades que devam ser declaradas de ofício, passo ao enfrentamento do mérito recursal.

Compulsando os autos, vejo que a materialidade delitiva restou devidamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito acostado às f. 2/5; auto de apreensão à f. 9; termo de restituição à f. 10; boletim de ocorrência às f. 15/17v; laudo de avaliação Indireta à f. 18; laudo pericial às f. 22/25.

A autoria, de igual modo, soa indene de dúvidas.

Passo, assim, à análise da irresignação defensiva.

Da absolvição.

Pretende a i. Defesa Técnica, inicialmente, a absolvição do apelante com supedâneo na insuficiência probatória.

Argumenta, para tanto, que:

> (...) o apelante negou as imputações constantes na acusação, afirmando que não foi o autor do furto. Nesse sentido, conforme se depreende dos autos, não há qualquer prova efetiva que comprove a autoria do apelante, além do depoimento do taxista que supostamente o teria levado até o local do crime. Os policiais também abordaram o apelante através de reconhecimento feito pelo próprio taxista; (...) (f. 182v.).

Pontua, ainda, que:

> (...) Diante da ausência de outros elementos probatórios, o julgador não pode emitir um juízo de condenação com base unicamente na palavra de reconhecimento da testemunha, cuja memória pode ser facilmente viciada, e não foi procedido na forma do art. 226 e seguintes do CPP (f. 183).

Forte neste arrazoado, como dito alhures, busca a combativa defesa a absolvição do apelante.

Sem razão, no entanto.

Ouvido pela autoridade policial à f. 5, o réu, ora apelante, exerceu o seu direito de permanecer em silêncio.

Sob o crivo do contraditório judicial, consoante interrogatório colhido e armazenado na mídia aporte aos autos à f. 127, o réu apresentou versão confusa.

Interrogado, limitou-se a dizer, sobre os fatos em apuração, que quem pegou o táxi foi a pessoa de "P.", desconhecendo as razões de a testemunha ter lhe indicado como passageiro.

Ocorre, no entanto, que inobstante a evasiva envidada pelo réu, os demais elementos de prova carreados aos autos rechaçam a versão por ele sustentada, senão vejamos.

O Policial Militar condutor do flagrante, R.P.M., perante a autoridade policial, à f. 2 asseverou:

> (...) Que estava realizando patrulhamento quando foi acionado para atender uma possível ocorrência de furto; que deslocou até a companhia e lá encontraram-se com o denunciante; que o denunciante tratava-se de um taxista que alegou ter feito uma corrida para um indivíduo até uma casa, sendo que no local tal indivíduo veio a pular o muro e do interior da residência retirou um aparelho de ar condicionado portátil, tendo também posteriormente retirado duas banquetas; que o indivíduo colocou o aparelho de ar no porta malas do táxi, mas, quando voltou para buscar as banquetas, o taxista evadiu, em razão da atitude suspeita, foi direto para a companhia PMMG, relatando os fatos; que foram juntos até a referida casa e ao adentrarem perceberam que ela estava com a janela arrombada, e sem moradores; que o local estava todo revirado; que parecia que havia mais pessoas envolvidas no crime, aparentando inclusive que estariam morando na casa invadida; que outra equipe fez rastreamento nas imediações, localizando um suspeito com as características passadas pela testemunha; que o suspeito foi levado para a PM e foi reconhecido pela testemunha; que foi feito contato com o proprietário do imóvel, porém, este afirmou que a casa estava alugada para terceiros e que não sabia sua identidade, pois a negociação foi feita pela imobiliária; que somente na parte da manhã de hoje foi localizada a vítima, morador do local furtado, tendo a mesmo afirmado que diversos pertences foram subtraídos; que o conduzido recebeu voz de prisão e foi levado para a delegacia de plantão; (...).

Em Juízo, por meio do depoimento colhido e armazenado na mídia audiovisual de f. 127, a testemunha ratificou integralmente os informes acima transcritos, oportunidade em que, às perguntas do i. Representante Ministerial, reconheceu o réu presente em audiência como sendo a mesma pessoa apontada pelo taxista.

Esclareceu, ainda, que tem conhecimento no sentido de que o réu foi apontado como autor do delito.

Endossando o depoimento acima transcrito, inquirida na mesma assentada, mídia audiovisual de f. 127, a testemunha J.J.C.S. confirmou a sua oitiva prestada na fase inquisitorial, oportunidade em que, à f. 4, reverberou:

> (...) que é taxista, e, na data de hoje o autor lhe solicitou uma corrida; que pediu que lhe levasse até o bairro B.; que próximo ao bairro B.C., o autor disse que não teria dinheiro para pagar a corrida, dizendo que teria que passar na casa de sua mulher; que o depoente parou no local solicitado pelo autor e o viu gritando, chamando por alguém; que ninguém respondeu e o autor pulou o muro da residência em que chamava, e saiu com um ar condicionado portátil; que colocou referido aparelho no carro e retornou para casa dizendo que teria que pegar umas cadeiras; que o depoente, percebendo que tratava-se de um furto, e que serviria de "mula" para o autor, arrancou com o carro, já com o ar condicionado no banco de trás, e foi até o Posto Policial mais próximo; que acompanhou a viatura policial, levando os policiais até a residência, mas o autor não foi localizado, e ao chegar na companhia da PM, o autor havia sido localizado por outros policiais; que o depoente reconheceu o conduzido como sendo o autor do furto; que não foi a primeira vez que o depoente presta seus serviços ao autor, pois, em uma outra ocasião, o autor solicitou uma outra corrida ao mesmo, tendo solicitado que parasse para pegar uma televisão na calçada; que o depoente, à época, não percebeu que tratava-se de furto inicialmente, mas percebeu quando o autor lhe ofereceu referida TV; que o depoente ligou o sinalizador de alerta do táxi, mas a Polícia não conseguiu ajudá-lo; que deixou o autor no bairro B. ou S.R., nesta, com o objeto do furto; (...).

Às perguntas do i. Representante Ministerial (mídia de f. 127), a testemunha reconheceu o réu, em audiência, como sendo a pessoa que ocupou o táxi nele colocando o aparelho de ar condicionado subtraído da residência.

Por fim, às perguntas da i. Defesa Técnica a testemunha disse desconhecer a pessoa apodada de "P.", afirmando, ainda, que o réu estava sozinho durante a corrida.

A vítima T.S.C., por sua vez, inquirida pela autoridade policial, à f. 3, declarou que:

> (...) nesta data foi contatado por vizinhos e policiais militares recebendo a informação que sua casa havia sido furtada; que alugou recentemente a residência na rua F.C., 15, bairro B.C., sendo que ausentou-se da mesma no dia 8/2/18 para viajar, deixando a residência trancada; que a casa estava mobilhada; que estavam residindo o declarante e seu filho T.V.C.; que o motivo da ausência deu-se em razão de viagem de carnaval para a cidade de Guarani; que seu filho também viajou para Rio Preto durante o mesmo período que o declarante; que, como a casa ficou vazia, pessoas a invadiram e furtaram diversos objetos do interior, entre eles, roupas, utensílios, televisor de 40 polegadas, ar condicionado portátil, aparelho de som, micro-ondas, cadeiras diversas, roupa de cama, etc.; que os larápios deixaram no imóvel apenas uma cama de casal, um sofá de três lugares e alguns armários; que o aparelho de ar condicionado foi reconhecido pelo declarante como sendo de sua propriedade; que não conhece o autor dos fatos; que a residência estava devidamente trancada; que acredita que mais de uma pessoa furtou a sua casa, haja vista a quantidade de objetos subtraídos; (...).

Em juízo, inquirida por meio do sistema audiovisual cuja mídia segue encarte aos autos à f. 117, a vítima confirmou as declarações acima transcritas, instante em que, às perguntas da i. Representante Ministerial, disse que, dos bens subtraídos, apenas o ar condicionado lhe fora restituído e, mesmo assim, estragado.

Emerge, portanto, dos demais elementos de prova, que a versão sustentada pelo réu se apresenta irretorquivelmente isolada nos autos, indo totalmente de encontro com a prova testemunhal, que de forma amplamente segura atribui ao increpado a responsabilidade criminal pelos fatos descritos na peça vestibular.

Anoto, ainda, que a i. Defesa Técnica demonstrou irresignação com a forma pela qual o réu fora reconhecido pela testemunha, ainda em sede flagrancial.

De acordo com a doutrina e jurisprudência majoritárias, o reconhecimento de alguém pode ser efetivado de inúmeras maneiras, sendo a regra contida no art. 226 do Código de Processo Penal apenas um meio para que se possa nortear o procedimento. Na verdade, o reconhecimento de pessoa não está vinculado necessariamente à regra do referido artigo.

Conforme a lição de Júlio Fabbrini Mirabete:

> a disposição de que a pessoa que deve proceder ao reconhecimento não seja vista por aquela que vai proceder ao reconhecimento não se aplica quando este é feito em juízo ou plenário, a fim de não se violar o princípio da publicidade dos atos judiciais. Aliás, nesse caso, as formalidades previstas em lei, embora aconselháveis, não são reputadas como essenciais. Caso o reconhecimento seja feito com segurança, tem o mesmo valor daquele procedido de acordo com os preceitos legais (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 11. ed., Ed. Atlas, 2003. p. 601/602).

No mesmo sentido já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

> Se as vítimas ou as testemunhas do evento delituoso apontam, com segurança, em audiência judicial, o acusado presente como autor do ilícito penal praticado, essa prova possui eficácia jurídico-processual idêntica àquela que emerge do reconhecimento efetuado com as formalidades prescritas pelo art. 226 do Código de Processo Penal (JSTF 174/269).

Nota-se, ainda, que o réu, ora apelante, fora reconhecido, também em juízo, pela testemunha J.J.C.S. como autor do delito.

No mesmo norte, R.P.M., Policial Militar, reconheceu o réu em juízo como sendo a pessoa apontada pela testemunha J. no momento da comunicação com a equipe policial.

Diante disso, é um despropósito pretender que a versão confusa apresentada pelo réu se sobreponha aos demais elementos de prova que eficazmente demonstram a autoria dos fatos descritos na exordial acusatória.

Assim sendo, sem maiores delongas, tenho que a condenação impingida ao réu encontra total apoio na prova encartada no caderno processual, devendo, pois, ser mantida.

Do decote das qualificadoras.

Subsidiariamente, bate-se o apelante pelo decote das qualificadoras discriminadas nos incisos I e II, do § 4º, do art. 155, do Código Penal.

Razão não lhe assiste.

Prescreve o citado dispositivo:

> Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
>
> Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.
>
> (...)
>
> § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

> I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;
>
> II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;
>
> III - com emprego de chave falsa;
>
> IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

Consigna-se, inicialmente, que o Laudo Pericial aporte aos autos às f. 22/25 concluiu pela destruição e rompimento de obstáculo à subtração da coisa, confira-se:

(...) Houve destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa?

Sim, destruição parcial da grade interna e rompimento da janela do quarto lateral do imóvel; (...).

Portanto, inadmissível o decote da qualificadora em voga.

No mesmo norte, quanto à escalada, o Laudo Pericial também constatou o seu emprego na consecução do crime, *in verbis*:

(...) Houve escalada?

Sim, muro de grade que guarnecia o imóvel (f. 22).

Acerca do conceito de escalada, ensina-nos Guilherme de Souza Nucci:

> é a subida de alguém a algum lugar, valendo-se de escada. Escalar implica subir ou galgar. Portanto, torna-se fundamental que o sujeito suba a algum ponto mais alto do que o seu caminho natural, ou seja, é o ingresso anormal de alguém em algum lugar, implicando acesso por aclive. Ex.: subir no telhado para, removendo telhas, invadir uma casa (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 566)

Dessa forma, tendo em vista que a residência estava trancada e que o réu de lá saiu após nela adentrar mediante escalada, destruindo parcialmente a grade interna e rompendo uma das janelas do imóvel, o que possibilitou a subtração da *res*, mantidas devem ser as qualificadoras em comento.

Da redução da pena-base.

Por derradeiro, infiro que razão socorre ao apelante em vindicar a redução da pena-base.

Compulsando detidamente o r. *decisum* lançado aos autos às f. 158/162, depreendo que o MM. Juiz Sentenciante, na primeira fase da dosimetria da pena, tomou por desfavorável ao réu, 5 (cinco) circunstâncias judiciais, a saber, a culpabilidade, os antecedentes criminais, os motivos do crime, as circunstâncias e as consequências deste, o que levou à fixação da pena-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa.

Irresigna-se a combativa defesa quanto à fundamentação adotada para negativar a culpabilidade, os motivos e as consequências do crime.

Com razão.

A culpabilidade restou negativada ao argumento de que o apelante tinha consciência da ilicitude, além de lhe ser exigido comportamento diverso daquele por ele adotado.

Concessa máxima vênia, no meu modo de ver, a circunstância judicial em análise não pode militar em desfavor do réu.

Acerca do conceito de culpabilidade enquanto circunstância judicial, afirma Rogério Greco:

> Logo no primeiro momento, quando irá determinar a pena-base, o art. 59 do Código Penal impõe ao julgador, por mais uma vez, a análise da culpabilidade. Temos de realizar, dessa forma, dupla análise da culpabilidade: na primeira, dirigida à configuração da infração penal, quando se afirmará que o agente que praticou o fato típico e ilícito era imputável, que tinha conhecimento sobre a ilicitude do fato que cometia e, por fim, que lhe era exigível um comportamento diverso; na segunda, a culpabilidade será aferida com o escopo de influenciar na fixação da pena-base. A censurabilidade do ato terá como função fazer com que a pena percorra os limites estabelecidos no preceito secundário do tipo penal incriminador (GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 290/291).

No caso dos autos, para recrudescer a pena-base, o Magistrado de Primeiro Grau valeu-se do conceito de culpabilidade em sentido estrito, ou seja, aquele referente à configuração do delito e não ao grau de reprovabilidade/censurabilidade da conduta perpetrada pelo agente, o que merece retificação.

Outro não é o entendimento adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, que em caso idêntico afastou a valoração negativa fixada na Instância Inferior, infra:

> Hipótese em que o Tribunal *a quo*, ao valorar negativamente a culpabilidade da acusada, destoou do entendimento desta Corte segundo o qual "a potencial consciência da ilicitude ou a exigibilidade de conduta diversa são pressupostos da culpabilidade em sentido estrito, não fazendo parte do rol das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, logo, não constitui elemento idôneo a justificar a exacerbação da pena-base (STJ, RHC 41.883/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, *DJe* de 13/4/2016).

Deste modo, renovado pedido de vênia ao MM. Juiz *a quo*, tenho que a circunstância judicial atinente à culpabilidade deve ser tida como favorável ao agente.

Quanto aos antecedentes, concluo, pela CAC de f. 163/165, que o réu, ora apelante, ostenta 6 (seis) condenações criminais transitadas em julgado, todas pelo crime de furto.

Nessa toada, correta se mostra a utilização de 1 (uma) das condenações para fins de agravação da pena pela reincidência, e das demais para fins de antecedentes criminais, como feito pelo MM. Juiz Sentenciante.

No que pertine aos motivos do crime, fundamentou o Magistrado de Primeiro Grau que: "são desfavoráveis, porque não encontro embasamento para que o fato fosse praticado como descrito nos autos" (f. 161v.).

Penso que a circunstância judicial em testilha não pode militar em desfavor do agente.

Os motivos vinculados ao cometimento dos crimes patrimoniais, em regra, consubstanciam no auferimento de lucro fácil, o que é inerente à espécie.

Para além disso, não sendo evidenciados pelo réu motivos específicos que o impulsionaram na empreitada delitiva, deve-se levar em conta o entendimento predominante acerca do lucro fácil, o qual, como cediço, é inerente ao delito em apreço.

Isso delineado, tenho por afastar a negativação dada a presente circunstância judicial.

Acerca das circunstâncias do crime, o MM. Juiz *a quo* fundamentou:

> (...) o crime se cerca de circunstância periférica que deve ser considerada contra o condenado, na medida em que se tomando qualquer um dos incisos como qualificadora para configuração típica do delito, o outro deve ser considerado nesta etapa da dosimetria; (...) (f. 161v.).

Neste ponto, partilho do entendimento adotado pelo Magistrado de Primeiro Grau, o qual, estando devidamente fundamentado, dispensa maiores incursões, sendo pacífica a jurisprudência neste sentido.

Por fim, quanto às consequências do crime, é sabido que nos delitos contra o patrimônio, o resultado natural esperado é a não-restituição do bem à vítima, fator que, sobretudo, norteou o legislador na confecção do preceito secundário do delito de furto, razão pela qual as consequências do crime, no presente caso, não devem ser valoradas em desfavor do réu.

Ademais, verifico que o único bem subtraído pelo réu, a saber, 1 (um) aparelho de ar condicionado portátil, foi devidamente restituído à vítima, razão para que, também por este motivo, a valoração negativa encontra-se equivocada.

Nessa senda, concluo que milita em desfavor do réu, na primeira fase da dosimetria da pena, as circunstâncias judiciais atinentes aos antecedentes criminais e às circunstâncias do crime.

Isto evidenciado, devidamente comprovadas a autoria e a materialidade delitiva do crime inserto no art. 155, § 4º, I e II, do Código Penal, passo à nova dosimetria da pena a ser purgada pelo réu.

Na primeira fase da dosimetria da pena, atento aos preceitos contidos nos art. 59 e 68, ambos do Código Penal, reconheço que, à exceção dos antecedentes criminais e das circunstâncias do crime, as demais circunstâncias judiciais, quando não próprias, são em sua totalidade benéficas ao réu, motivo pelo qual exaspero a pena-base na fração de um 1/8 (um oitavo) para cada circunstância desfavorável, fixando-a em 2 (dois) anos, 6 (seis) meses e 11 (onze) dias de reclusão, e 12 (doze) dias-multa;

Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes, milita, em desfavor do réu, a circunstância agravante da reincidência consoante CAC de f. 163/165, autorizando a agravação da pena na fração recomendada de 1/6 (um sexto), de modo a estabilizá-la no importe de 2 (dois) anos, 11 (onze) meses e 12 (doze) dias de reclusão, e 14 (quatorze) dias-multa;

Na terceira fase, inexistindo causas gerais ou especiais de diminuição ou aumento de pena, concretizo-a em 2 (dois) anos, 11 (onze) meses e 12 (doze) dias de reclusão, mais o pagamento de 14 (quatorze) dias-multa.

Tendo em vista a multireincidência do réu, bem como a sua insistência em se enveredar no submundo dos crimes patrimoniais, demonstrando total desrespeito pelas outras 6 (seis) condenações que já suportou, mantenho, nos termos do art. 33, § 2º, *a*, do Código Penal, o regime fechado para o cumprimento inicial da reprimenda.

Fica mantido dia-multa à razão mínima legal.

Sendo o réu multireincidente em crime doloso, nego-lhe a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e, pelo mesmo motivo, nego-lhe também a suspensão condicional da pena.

Da justiça gratuita.

No que tange ao pedido de concessão das benesses da justiça gratuita, feito pela defesa em suas razões recursais, impende consignar que com o advento da Lei nº 13.105, de 16 março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, os art. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, foram expressamente revogados.

Cediço que a Lei nº 1.060/50 trazia em art. 4º que, para a concessão dos benefícios da assistência judiciária, bastava que a parte firmasse declaração, de próprio punho ou através de advogado, da insuficiência de recursos financeiros para arcar com as despesas do processo, sob pena de acarretar-lhe prejuízo à sua própria mantença, bem como de sua família. No art. 12, previa-se que, no prazo de 5 (cinco) anos da concessão do benefício, se o assistido não reunisse condições de arcar com as custas processuais, estas seriam julgadas prescritas.

Como dito alhures, ambos os dispositivos foram revogados, e no momento impõe-se a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Infere-se de seus art. 98 e 99 que, para a concessão de gratuidade da justiça, basta que a parte se declare hipossuficiente ou o seu advogado assim o faça. Importante ressaltar que a referida lei inova, também, ao dispensar o Atestado de Pobreza firmado de próprio punho e declara que o fato da parte possuir advogado constituído não impede a gratuidade da justiça.

Tal direito, todavia, não é absoluto e irrestrito, podendo o juiz indeferir se houver nos autos elementos que evidenciem o não preenchimento dos pressupostos legais, nos termos do § 2º, do art. 99, do Código de Processo Civil.

In casu, nota-se que o recorrente encontra-se patrocinado pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, o que atesta a sua hipossuficiência.

Ressalte-se, todavia, que a concessão da justiça gratuita não inclui a isenção das custas processuais, como se depreende do art. 804 do Código de Processo Penal.

Certo, também, que o pagamento não é imediato, submetendo-se à condição suspensiva de exigibilidade, infra:

> Art. 98.
>
> (...)
>
> § 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Assim sendo, concedo ao recorrente a gratuidade da justiça, sobrestando o pagamento das custas pelo quinquídio legal.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, para reduzir a pena-base imposta ao réu, concretizando a sua reprimenda final em 2 (dois) anos, 11 (onze) meses e 12 (doze) dias de reclusão, a serem

cumpridos inicialmente no regime fechado, mais o pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, bem como para lhe conceder as benesses da justiça gratuita, incólume, no mais, o r. *decisum* fustigado.

Custas na forma da Lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FORTUNA GRION e MARIA LUÍZA DE MARILAC.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal. Paz pública e a Administração Pública. Crime de associação. Prova suficiente. Elementares do tipo demonstradas. Condenação mantida. Crime de corrupção passiva. Materialidade e autoria comprovadas. Confissão de um dos agentes aliada a outros elementos. Conduta típica. Desclassificatório para prevaricação ou condescendência criminosa. Impossibilidade. Condutas que se amoldam ao tipo do art. 317, do Código Penal. Causa de aumento do §1º, do art. 317, do Código Penal. Decote cabível. Causa de aumento do § 2º, do art. 327, do Código Penal. Decote não cabível. Dosimetria. Pena-base. Manutenção. Fixação de acordo com as circunstâncias do art. 59, do Código Penal. Continuidade delitiva. Várias condutas praticadas de acordo com o art. 71, do Código Penal. Manutenção da regra e da fração máxima. Benefícios do art. 44 e 77, do Código Penal. Requisitos não preenchidos

- Demonstrado que os agentes se associaram, em número mínimo de três, para, juntos, praticarem crimes com estabilidade, permanência e habitualidade, incorrem nas sanções do art. 288, do Código Penal.

- Se o agente auferiu vantagem indevida em razão de cargo público por ele ocupado, deve ser mantida a condenação pelo delito de corrupção passiva, previsto no art. 317, do Código Penal, não havendo se falar em absolvição ou desclassificação para os delitos de condescendência criminosa ou prevaricação.

- Não tendo o agente, em razão da vantagem indevida recebida, retardado ou deixado de praticar qualquer ato de ofício, ou o praticado, infringindo dever funcional, incabível é a aplicação da causa de aumento do §1º, do art. 317, do Código Penal.

- Se o agente, que recebeu a vantagem indevida, for ocupante de cargo em comissão, ou função de direção, ou assessoramento, responde pelo dispositivo do § 2º, do art. 327, do Código Penal.

- Fixada a pena-base de acordo com as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, não há se falar em modificação.

- Não preenchidos os requisitos dos art. 44 e 77, do Código Penal, incabível é a aplicação das medidas despenalizadoras da substituição e suspensão condicional da pena.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0388.15.002020-3/001 - Comarca de Luz - 1º Apelante: S.L.F.S.R. - 2º Apelante: N.R.O. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: CATTA PRETA (DESEMBARGADOR)

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 PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 11 de abril de 2019 - *Catta Preta* - Relator.

Voto

DES. CATTA PRETA (RELATOR) - Trata-se de dois recursos de apelação criminal, interpostos por S.L.F.S.R. e N.R.O., contra a r. sentença (f. 947/953) em que o Exmo. Juiz julgou procedente a denúncia e condenou:

> - a ré S., nos termos do art. 288, *caput*, do Código Penal (CP), à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em concurso com o art. 317, §1º, c/c 327, §2º, c/c art. 71, todos do CP, às penas 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 32 (trinta e dois) dias-multa;
>
> - a ré N., nos termos do art. 288, *caput*, do Código Penal (CP), à pena de 1 (um) ano de reclusão, em concurso com o art. 317, §1º, c/c art. 71, todos do CP, às penas 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 21 (vinte e um) dias-multa.

Nas razões recursais, a defesa de S. pede a sua absolvição, sob o argumento fundado na ausência de provas ou atipicidade da conduta. Sustentou que a ré não agiu com dolo nem que as elementares do art. 288, do CP, estão configuradas no caso. Sucessivamente, pediu a desclassificação da conduta do crime de corrupção passiva para o delito de condescendência ou prevaricação; o decote das causas de aumento do §1º, do art. 317, e do § 2º, do art. 327, ambas do CP; a aplicação somente de uma única causa de aumento na terceira fase da dosimetria; a redução da pena-base, a substituição e ou o *sursis* (f. 984/1017).

A defesa da ré N., a seu turno, pede a sua absolvição por insuficiência de provas e, sucessivamente, a redução da pena-base (f. 963/966).

Em contrarrazões, o Ministério Público requereu o não provimento dos recursos (f. 967/976-v., e 1020/1025-v.).

No seu parecer, a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não provimento dos recursos (f. 1027/1029).

É o relatório.

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, CONHECE-SE dos recursos interpostos.

Segundo relatado na sentença:

> [...] entre Dezembro de 2014 a março de 2015, as acusadas, ambas servidoras públicas municipais, associaram-se para cometer crimes de corrupção passiva contra o Município de Luz/MG. Consta da denúncia que, S., ocupante do cargo de "encarregada de setor" no Município de Luz/MG, expediu, fraudulentamente, centenas de documentos autorizando o abastecimento de veículos do Município de Luz/MG, os quais nunca foram utilizados para este fim. Já a acusada N.R.O., exercia o cargo de motorista do Município de Luz/MG, por sua vez, assinou dezenas de relatórios gerenciais, expedidos pelo posto de revenda de combustível conhecido como "P.V.", conferindo aparência de legalidade à operação criminosa m questão, além de figurar nas autorizações para abastecimento, como motorista responsável pela condução dos veículos supostamente abastecidos. Assim, agindo, as acusadas receberam para si

> vantagens indevidas consistente em valores lançados como despesas de abastecimento de veículos da frota municipal que, na verdade, não foram efetivamente abastecidos na forma formalmente declarada.

Após detida análise dos autos, tem-se que as provas são suficientes para embasar a condenação das rés, tanto pela prática do crime de associação, quanto pelo de corrupção passiva.

Antes, registre-se que as provas produzidas nos autos observaram o contraditório e a ampla defesa e qualquer irregularidade apontada ou que venha a ser eventualmente reconhecida no procedimento investigatório não tem o condão de inquinar o processo de nulidade. Outrossim, todos os documentos e depoimentos colhidos naquela fase administrativa usados para a formação da convicção do juízo foram ratificadas em juízo, pelo que fixa afastada qualquer alegação de ilegalidade, prejuízo à defesa ou semelhante.

A materialidade dos delitos está demonstrada pelos documentos constantes do procedimento investigativo do MPMG, conforme sumário de f. 10, relatório de f. 298/323, documentos juntados à f. 29/243, certidão de f. 470, entre outros.

A autoria dos crimes, da mesma forma, está clara nos autos.

A segunda apelante confessou a ocorrência dos fatos:

> Afirma que juntamente com os frentistas A. e M. imputavam abastecimento fictícios ao Município de Luz; que o dinheiro era repartido entre os três; que os esquema funcionava da seguinte forma: quando um veículo era abastecido com a quantia de R$50,00 e havia abastecimento com a quantia sem nota fiscal de R$100,00, tal valor era colocado como abastecimento do Município, sendo o valor a mais repartido pelos três; que dava pouco dinheiro; que fazia isso, pois, não recebia as diárias em dia e precisava se alimentar; quando saía para viajar não recebia as diárias; os valores arrecadados no esquema do posto eram utilizados para que ela comesse; tido esquema durou por pouco tempo [...] a interroganda pegava as autorizações para realizar a fraude com a corré S.L., mas dizia que iria viajar [...] que abasteceu o veículo da corré S.L. umas três ou quatro vezes; que também abastecia seu veículo particular; que pegava as autorizações para abastecimento e as utilizava para abastecer os carros, ou pegar dinheiro; que as autorizações era retiradas da mesa da corré S.L., da portaria (f. 878/879).

A ré S. negou os fatos, mas confirmou que recebeu pequena quantia em dinheiro, cerca de R$15,00 (quinze reais), como forma de "agrado", que foi agraciada por N. com o abastecimento de seu veículo particular e que fornecia as autorizações sem preenchê-las.

Vale notar que, conforme documentação de f. 29/243, haviam outros servidores responsáveis por emitir as autorizações de abastecimento, além da ré S., mas apenas as emitidas por ela chegavam ao esquema no P.V., com o fim de recebimento dos valores ilícitos e indevidos.

Nessa linha, a própria ré, S., chegou a confirmar que levou da Prefeitura Municipal para sua residência três blocos inteiros de autorizações de abastecimento, conforme declarações de f. 880, e certidão de f. 470.

A corroborar a tese da acusação, tem-se o fato de que a testemunha R. A. P. S. S., em juízo, confirmou que a ré S. lhe pediu que ocultasse uma sacola em sua residência, pais precisamente numa gaveta do quarto do bebê. Essa sacola, a propósito, continha os blocos com as autorizações de abastecimento (f. 868).

Deve-se trazer a lume, outrossim, o depoimento da servidora C. V. B., no sentido de que:

> [...] apurou-se uma situação que o carro estava guardado no pátio, e no posto constava um abastecimento; que também constava muitas viagens para o veículo Gol, o qual era usado somente para rodar dentro

> do perímetro urbano; averiguou um caso de um Fiat Doblô, que possui capacidade de 60 litros de combustível, mas constava abastecimento de 74 litros; o nome da acusada N. aparecia em 90% (noventa por cento) das autorizações para abastecimento [...] foi descoberto o esquema [...] a fraude não era só das acusadas N. e S., mas contava com o apoio dos frentistas do P.V.; que pelas investigações, a acusada N. era o elo entre os frentistas e para a consumação da fraude; os frentistas avisavam N. sobre os abastecimentos feitos por particulares e esta ia até o Posto preencher as autorizações de abastecimento já assinadas por S., imputando, assim, o abastecimento ao Município; [...], após, o pessoal da administração do posto levava as autorizações de abastecimento para o setor de contabilidade do Município (f. 866/867).

A testemunha N.C.D. disse que era encarregada de fazer relatórios periódicos de abastecimento de veículos do Município e que, num determinado dia, recebeu uma denúncia de que havia um esquema de desvio de dinheiro com base nas autorizações emitidas pela ré S. e, usados pela corré N., sendo que ocorria quando o funcionário do P.V. de nome M. ali se encontrava (f. 869).

Portanto, diante dos depoimentos trazidos nos autos, e ratificados em juízo, aliados à confissão parcial da ré N., pode-se inferir que as rés recebiam vantagem indevida em razão do cargo, e que o esquema durou entre dezembro de 2014 e março de 2015, conforme autorizações constantes de f. 29/31, 32/34, 35/36, 37/38, 39/41 e 42/448.

Da mesma forma, afere-se que mais de 2 (duas) pessoas se associaram para juntas praticas os crimes descritos nos autos, a saber, de um lado, S. e N. e, de outro, um ou mais frentistas envolvidos no esquema.

Digno de nota, está claro nos autos e pela conduta das rés que, mediante estabilidade e habitualidade, com o uso dos blocos de autorizações de abastecimento, que já haviam se apropriado, visavam a receber dinheiro em pequenas quantias por longo período, a depender dos chamados de empregados do posto de combustíveis sobre a disponibilidade de litros sem emissão de nota fiscal.

Fica mantida, pois, a condenação das rés quanto aos crimes de corrupção passiva e de associação, e não há, nem mesmo, que se falar em desclassificação da conduta do art. 317, do CP, para aquelas descritas nos tipos dos art. 319 e 320, do CP (prevaricação e condescendência criminosa).

No entanto, tem-se que a sentença está a merecer reparo.

Como visto na sentença, foi reconhecido pelo juízo *a quo,* que as rés, em consequência da vantagem ou promessa, retardaram, como funcionárias, ou deixaram de praticar, qualquer ato de ofício, ou o praticaram infringindo dever funcional (causa de aumento do § 1º, do art. 317 do CP), o que, salvo engano, não ocorreu na espécie.

É que a conduta apurada foi a obtenção de vantagem indevida em razão do cargo, e as rés nada mais fizeram, em consequência disso - não deixaram de fazer ou retardaram ato de ofício, ou o praticaram contra a lei.

Assim, deve ser decotada da condenação a causa de aumento do § 1º, do art. 317 do CP.

Entretanto, tem-se que se deve manter a causa de aumento do § 2º, do art. 327, do CP, que dispõe que:

> A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

No caso, como bem disposto na sentença, a ré foi nomeada pelo Prefeito Municipal para o cargo em comissão de encarregada de setor, em dezembro de 2013 (f. 729), e exonerada em julho de 2015 (f. 690), em virtude de processo administrativo.

Da mesma forma, tem-se que é o caso de manutenção das regras da continuidade de delitos, previstas no art. 71, do CP.

Isto porque, foram apurados ao menos 6 (seis) delitos praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e meios de execução. A fração máxima, de 2/3 (dois terços), também, deve ser mantida, pois, como sabido, ela é definida de acordo com o número de delitos praticados e, no caso, foram reconhecidos ao menos 6 (seis) crimes.

Sobre a pena-base, nada há a se alterar, pois foi definida, para cada ré, de acordo com as circunstâncias judiciais e condições pessoais. Outrossim, o d. Magistrado a fixou, para ambos os delitos, em patamar próximo do mínimo legal, o que demonstra plena observância aos preceitos da Súmula nº 43 deste TJMG.

Feitas tais considerações, passa-se à nova dosimetria, considerando-se o decote do § 1º, do art. 317 ,do CP.

Até a incidência da fração de aumento, a pena da ré S. se encontrava no patamar de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 12 (doze) dias-multa, e a da ré N. no patamar de 2 (dois) anos e 10 (dez) dias-multa.

Considerando-se que há, como causa modificativa, apenas a fração de aumento relativa à continuidade delitiva ficam as penas totalizadas - relativas ao crime de corrupção passiva -, para a ré S., em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 20 (vinte) dias-multa, e, para a ré N., em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 16 (dezesseis) dias-multa.

Tendo em conta o concurso material de crimes, ficam as penas das rés totalizadas, ao final, em 5 (cinco) anos e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 20 (vinte) dias-multa para a ré S., e em 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 16 (dezesseis) dias-multa, para a ré N.

De acordo com o *quantum* das penas, fica mantido o regime semiaberto para o cumprimento das penas para ambas as rés.

Nos termos dos art. 44 e 77, do CP, não há como deferir a substituição da pena privativa por restritiva de direitos nem o *sursis*, por não cumprimento dos requisitos ali dispostos.

Diante do exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS, apenas, para reduzir as penas das rés para, em relação à ré S.L.F.S.R., 5 (cinco) anos e 20 (vinte) dias de reclusão, mantido o regime semiaberto, mais 20 (vinte) dias-multa, e 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantido o regime semiaberto, mais 16 (dezesseis) dias-multa, para a ré N.R.O., mantendo, quanto ao mais, a sentença recorrida.

Custas, na forma da lei.

Comunicar.

Votaram de acordo com o Relator a DESEMBARGADORA BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e O JUIZ DE DIREITO CONVOCADO GLAUCO FERNANDES.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.

• • •

Embargos infringentes. Invasão de domicílio. Fuga para não ser preso e para homiziar arma de fogo. Princípio da consunção. Aplicabilidade

- Verifica-se o conflito aparente de normas quando o agente, visando um fim especial, infringir, mediante uma só conduta, dois ou mais tipos penais definidos na norma substantiva penal. Havendo pluralidade de normas, mas unidade de fato, aplica-se, para a solução da *quaestio*, o princípio da consunção.

- O crime de violação de domicílio restou absorvido pelo de porte ilegal de arma de fogo com numeração raspada, eis que o agente não dirigiu sua conduta finalisticamente para entrar ou permanecer em casa alheia ou nas dependências desta contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, mas com o fim de escapar ao cerco policial e homiziar a arma de fogo com numeração suprimida que portava.

EMB INFRING E DE NULIDADE Nº 1.0694.17.003952-3/002 - Comarca de Três Pontas - Embargante: I.A.S. - Embargado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. FORTUNA GRION

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em ACOLHER OS EMBARGOS, vencido o 1º Vogal.

Belo Horizonte, 25 de junho de 2019 - *Fortuna Grion* - Relator.

Voto

DES. FORTUNA GRION - Trata-se de embargos infringentes opostos em favor de I.A.S., objetivando resgatar o voto vencido da lavra do em. Des. Paulo Cézar Dias, que absolveu o embargante da imputação de invasão de domicílio, sob o argumento de que não há, nos autos, prova da ocorrência do dolo específico.

Não obstante o entendimento externado pelo em. Vogal, a turma julgadora, por maioria, decidiu pela condenação do embargante pela prática do citado delito.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opinou pela rejeição dos Embargos.

É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Como dito, o embargante pretende resgatar o voto minoritário que o absolveu da imputação de invasão de domicílio.

Após detida análise da prova constante dos autos, penso razão assistir ao embargante.

Com efeito, não há dúvida na prova de que o réu, de fato, adentrou na residência de A.L.P. sem o consentimento desta, como bem fundamentou o relator da apelação.

Todavia, tal ação, *in casu*, não passou de mero antefato impunível, ou seja, situação antecedente praticada pelo agente com o fim de evitar a sua prisão, já que perseguido pela prática de crime mais grave – porte ilegal de arma de fogo com numeração de série raspada.

Extrai-se da prova amealhada nos autos que o agente, ao ingressar na casa de A.L., não dirigiu sua conduta finalisticamente a entrar ou permanecer em casa alheia ou nas dependências desta contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, mas com o fim de escapar ao cerco policial e garantir a sua liberdade, bem como para homiziar a arma de fogo que trazia consigo, razão pela qual penso que o delito de invasão de domicílio restou absorvido pelo o crime de porte ilegal de arma de fogo.

Como sabido, a consunção, destinada à solução de conflitos aparentes entre normas penais, pressupõe, segundo preleciona Damásio Evangelista de Jesus, unidade de fato e pluralidade de normas indicando o mesmo fato delituoso.

Noutras palavras, há relação consuntiva quando o agente, visando a um fim especial, viola dois ou mais bens juridicamente tutelados mediante uma só conduta.

Considera-se absorvido pelo delito mais "amplo" e grave - em estrita observância ao princípio da consunção - o fato que, embora tipificado como crime autônomo, caracteriza mera fase de preparação ou exaurimento do crime fim, isto é, aquele intimamente pretendido pelo agente.

Sobre o princípio da consunção, a lição de Fernando Capez:

> [...] um fato mais amplo e mais grave consome, isto é, absorve, outros fatos menos amplos e graves, que funcionam como fase normal de preparação ou execução ou como mero exaurimento. Costuma-se dizer: 'o peixão (fato mais abrangente) engole os peixinhos (fatos que integram aquele como sua parte)'. [...] há uma regra que auxilia na aplicação do princípio da consunção, segundo a qual, quando os crimes são cometidos no mesmo contexto fático, opera-se a absorção do menos grave pelo de maior gravidade. Sendo destacados os momentos, responderá o agente por todos os crimes em concurso (CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal* - parte geral. v. 1, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2004. p. 73-74).

In casu, indiscutível que o recorrente adentrou na casa de A.L. para fugir ao cerco policial e dispensar a arma de fogo que portava em via pública e não porque queria violar o domicílio dela.

Como leciona Hungria, citado por Noronha:

> a violação de domicílio só se apresenta como crime autônomo quando; a) seja fim em si mesma; b) sirva a fim não-criminoso ou haja dúvida sobre o verdadeiro fim do agente; c) seja simples ato preparatório de outro crime; d) haja desistência do agente quanto ao crime-fim; e) seja o crime-fim menos severamente punido (como, por exemplo, no caso da entrada à noite na casa alheia para ameaçar o morador) (NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal.* v. 2, p. 177).

Assim, penso que a conduta de adentrar em casa alheia, *in casu*, trata-se de mero antefato impunível, eis porque não deve o acusado ser punido por essa conduta, a qual restou absorvida pelo crime de porte ilegal de arma de fogo, mais grave.

Ante o exposto e não comprovado o *animus* do agente de também violar a residência alheia, adiro ao voto minoritário para absolver o réu da imputação de invasão de domicílio.

Mercê de tais considerações, ACOLHO OS EMBARGOS INFRINGENTES para absolver o réu quanto à imputação de invasão de domicílio, com fundamento no disposto no art. 386, III, do CPP.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores MARIA LUÍZA DE MARILAC e ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL.

OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI - Mantendo-me fiel ao posicionamento por mim adotado no julgamento do Recurso de Apelação, divirjo do em. Desembargador Relator e REJEITO OS EMBARGOS INFRINGENTES.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Acompanho o voto condutor, mantendo o voto por mim proferido no julgamento da Apelação.

Súmula - ACOLHERAM OS EMBARGOS, VENCIDO O 1º VOGAL.

• • •

Apelação criminal. Delito de tortura majorado pelo sequestro. Lei nº 9.455/97. Materialidade e autoria demonstradas. Credibilidade dos depoimentos da vítima, corroborados pela prova testemunhal. Inviabilidade de desclassificação para a infração penal de lesões corporais leves. Extensão das lesões irrelevante para a tipificação. Modalidade de tortura que inexige qualificação especial do sujeito ativo (art. 1º, inc. I, *a*, da Lei nº 9.455/97). Condenação mantida. Dosimetria da pena. Preservação da operação perfilhada em 1º grau. Ratificação do juízo de censura atribuído às vetoriais das circunstâncias e consequências do crime. Conservação da incidência da majorante do sequestro. Privação da liberdade da vítima configurada. Possibilidade de alteração dos regimes prisionais impostos. Fixação do aberto. Recurso provido em parte.

- Comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, a manutenção da condenação dos acusados pela prática do crime de tortura majorado é medida que se impõe.

-Hipótese concreta em que o conjunto probatório, alicerçado nos depoimentos da vítima e das testemunhas, demonstra que, os acusados, consorciados, com o fito de obter a confissão da vítima a respeito da autoria de um furto, constrangeram-na, prevalecendo-se do emprego de violência e grave ameaça, impingindo-lhe sofrimento físico e moral.

- Considerando-se que, *in casu*, a conduta dos agentes visou à obtenção de confissão da vítima sobre a prática de crime de furto, com o emprego de violência e ameaça para este mister, com a submissão desta a sofrimento físico e mental, não há falar em viabilidade de desclassificação para a infração penal de lesões corporais. Inclusive, a extensão das lesões se revela irrelevante para a tipificação legal, porquanto, ainda que o resultado material, apurado pericialmente, possa ser semelhante em ambos os delitos em enfoque, imprescindível, para o reconhecimento da tortura, a presença de sua elementar subjetiva, a qual, na hipótese vertente, restou bem delineada, como dito.

- O delito de tortura, na modalidade ilustrada no art. 1º, inc. I, da Lei nº 9.455/97, não é crime próprio, dispensando seu cometimento, necessariamente, por servidor público. Admite-se qualquer sujeito ativo do tipo penal, tanto que o legislador, nas hipóteses de perpetração por agente público, previu a incidência da majorante descrita no § 4º do art. 1º da Lei nº 9.455/97.

- Se as penas dos réus foram bem dosadas, ratifica-se o *quantum*, valendo salientar que o cometimento do crime com pluralidade de agentes e em localidade erma, com a hospitalização por tempo considerável da vítima, autoriza a adoção de um juízo crítico em relação às operadoras judiciais das circunstâncias e das consequências da infração penal.

- Tratando-se de crime de tortura cometido com a privação da liberdade da vítima, por tempo juridicamente relevante, deve-se reconhecer a causa de aumento estatuída no inciso III, do § 4º, do art. 1º, da Lei nº 9.455/97.

- Os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem harmonizar-se com as garantias constitucionais da individualização das penas, e é necessário fundamentar o regime imposto com base na regra geral do Código Penal, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado a hediondo (*HC* nº 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli).

- Consequentemente, em obediência ao disposto no art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal, fixa-se o regime inicial aberto para o cumprimento das sanções corporais.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0183.12.004425-4/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Apelante: A.R.V., M.F.S., C.F.S., M.H.C., D.S.G., E.R.C.C. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: CATTA PRETA (DESEMBARGADOR)

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 PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de abril de 2019 - *Catta Preta* - Relator.

Voto

DES. CATTA PRETA (RELATOR) - Trata-se de recurso de apelação criminal, interposto por A.R.V., M.F.S.S, C.F.S., M.H.C., D.S.G. e E.R.C.C., contra a r. sentença (f. 442/455,) em que o Exmo. Juiz de Direito julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal e condenou os réus nas iras do art. 1º, inc. I, *a*, c/c § 4º, inc. III, ambos da Lei nº 9.455/97, impondo-lhes as penas idênticas de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Nas razões recursais, a defesa dos sentenciados pugnou pela absolvição destes da prática do crime de tortura majorado, com arrimo no argumento de insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a desclassificação da infração penal em epígrafe para o delito de lesão corporal leve, sob o argumento de que aquela demanda a qualidade específica do sujeito ativo, não podendo ser praticada pelo cidadão comum. Por fim, a par de outros argumentos, pediu a redução das penas-bases impostas, o decote da causa de aumento de pena prevista no inciso III do § 4º do art. 1º da Lei nº 9.455/97 e a fixação do regime aberto para o cumprimento inicial das sanções corporais (f. 462/486).

Em contrarrazões, o *parquet* pleiteou o não provimento do recurso (f. 498/507).

Em parecer, a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo defensivo (f. 542/556).

É o relatório.

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, CONHECE-SE do recurso interposto.

Narra a denúncia que:

> Na manhã do dia 21 de agosto de 2011, por volta das 7 horas, os denunciados mediante sequestro, seguiram com a vítima W., no veículo Hilux, placa XXX-XXXX, de um galpão localizado no bairro XXXXXXX até a localidade de Almeidas, distrito de Conselheiro Lafaiete, momento em que os mesmos constrangeram a vítima, com emprego de violência e grave ameaça, com a finalidade de obter informação de furto ocorrido do cofre no interior do caminhão pertencente a 'G.S.' conforme REDS 2011-XXXXXXXXX-001.
>
> Certo é que, após a tortura sofrida, os denunciados ainda deslocaram com a vítima até a empresa de mineração Itaminas, na cidade de Sarzedo-MG, instante em que a mesma conseguiu pedir por socorro junto ao porteiro da empresa que acionou à Polícia Militar (f. 2d/4d).

Inexistindo preliminares, passa-se ao exame do mérito.

Para iniciar a discussão atinente ao mérito e evitando desnecessária tautologia, transcreve-se a análise de prova realizada pelo i. Magistrado sentenciante (f. 444/449), o qual muito bem esmiuçou o panorama probatório:

> [...] Em declaração prestada no APDF (f. 2/3), a testemunha A.R. descreveu o ocorrido conforme histórico do BOPM (f. 16/17), e acrescentou:
>
> "[...] Que, a vítima foi socorrida para a policlínica (*sic*) de Sarzedo, onde teve os primeiros atendimentos e que posteriormente ao hospital regional de Betim onde ficou sobre cuidados médicos; Que, não foi liberado para acompanhar a ocorrência devido a gravidade dos ferimentos; Que, já na delegacia foi feito contato telefônico com a vítima onde o delegado de plantão conversou com a mesma e esta informou que não poderia ir até a delegacia, pois estava sobre cuidados médicos; Que, o delegado, orientou a vítima a procurar posteriormente a delegacia de Sarzedo. [...]".

V.W. declarou sobre o ocorrido (f. 4):

> "[...] Que receberam chamado de que havia uma vítima de sequestro na portaria da empresa ITAMINAS; Que juntamente com o sargento deslocaram para o local e fizeram contato com a vítima; Que, esta relatou que havia sido sequestrada na cidade de Conselheiro Lafaiete e que havia sido espancada porém conseguiu pedir ajuda para o vigilante da empresa; Que, fizeram a remoção do veículo usado que seria uma caminhonete Hilux para o pátio; Que, conduziu a vítima para a policlínica de Sarzedo; Que, os autores foram conduzidos para a delegacia; Que, os autores disseram que a vítima teria furtado o valor de R$4.000,00 (quatro mil reais) na data de ontem na cidade de Conselheiro Lafaiete; Que, a vítima disse que foi sequestrada, espancada num galpão e colocado a força dentro da caminhonete; Que, a vítima disse que para ganhar tempo disse para os autores que o dinheiro estaria debaixo de uma pedra na empresa ITAMINAS; Que, assim o vigilante ao realizar os procedimentos na entrada a vítima aproveitou para pedir ajuda. [...]" (Confirmado em juízo f. 346).

A. porteiro da empresa Itaminas, declarou como tudo aconteceu (f. 5):

> "[...] Que, estava na portaria quando chegou uma caminhonete Hilux com cinco indivíduos; Que, o procedimento é antes de autorizar a entrada fazer uma triagem [...]; Que, o depoente deparou com a vítima pedindo socorro; Que, este abriu a porta da caminhonete e saiu desesperado pedindo socorro indo em direção ao depoente; Que, o depoente sacou a arma e mandou todos os componentes irem para o pátio da portaria; Que, na hora, o depoente pediu ajuda para seu colega de trabalho; Que, também

> acionou a polícia militar; Que a polícia chegou assumido (*sic*) o caso; Que, nenhum dos autores estavam armados. [...]" (Confirmado em juízo f. 310).

A. acrescentou, em juízo (f. 310):"[...] que a vítima relatou os fatos ao depoente; que a vítima disse ainda, que quem lhe bateu mais era o filho do proprietário da G.S.."

M.H., em sua declaração no APFD (f. 6), negou ter agredido a vítima:

> "[...] nega ter agredido W.; Que, diz que quem agrediu W. foram os cortadores de grama; Que, W. assumiu ter furtado o dinheiro e disse que estaria na cidade de Sarzedo; Que, o declarante juntamente com C., A. e E. vieram para Sarzedo; Que, quando estavam entrando na empresa W. gritou por socorro e disse que o declarante e os demais teriam o agredido; Que, o segurança acionou a policia (*sic*) e o conduziram para a delegacia. [...]" (Confirmado em juízo f. 379).

M. acrescentou, em juízo (f. 379), que quem agrediu a vítima foram os cortadores de grama e, que estes são da Bahia. Que ficou sabendo dos fatos somente depois.

No mesmo sentido E.R. afirma que quem agrediu W. foram os cortadores de grama e que foi até a empresa apenas com o intuito de socorrê-lo (f. 7):

> "[...] na data de hoje por volta das 7 horas da manhã o declarante recebeu ligação de C. filho de M. para que fossem até a empresa G.S. de propriedade de M. para que socorressem W. pois os cortadores de grama que não sabe dar maiores detalhes estariam agredindo W. em virtude deste ter subtraído a quantia de R$4.000,00 (quatro mil reais); Que, W. resolveu confessar onde estaria o dinheiro e então foram no carro da genitora de C. junto com este, o declarante, M. e A.; Que, a vítima quando chegou próximo a firma ITAMINAS correu do carro alegando estar sendo agredida; Que, o declarante e os que estão conduzidos nesta delegacia não agrediram a vítima. Que, não sabe informar o por que das acusações da vítima. [...]" (Confirmado em juízo f. 380).

Em juízo, E. (f. 380) alegou, ainda, que foi seu patrão quem disse que W. tinha roubado o dinheiro que serviria para o pagamento dos cortadores de grama. O réu disse nunca ter visto tais cortadores de grama, que foi levado ao galpão por seu patrão para apaziguar a situação.

A declaração de M.F. vai no mesmo sentido de M. (f. 8):

> "[...] Que, diz que a pessoa de W. é suspeito de ter furtado o valor de R$4.000,00 (quatro mil reais) de sua empresa na data de 20/8/2011; Que, na data de hoje estava na sua empresa G.S. quando percebeu que seus funcionários estavam agredindo a vítima W. para tentarem conseguir reaverem o dinheiro que supostamente ele teria furtado; Que, W. resolveu confessar onde estaria o dinheiro, ou seja, numa empresa que ficaria em Sarzedo; Que, W. foi junto com C., filho do declarante, A., M. e E. para buscarem o dinheiro no veículo TOYOTA Hilux; Que, quando chegaram a firma ITAMINAS o W. correu e falou que estava sendo agredido por os que estavam no veículo bem como pelo declarante e D., que tinha acabado de chegar; Que, nega ter praticado qualquer agressão bem como que E., M., A., C. e D. também o tenham agredido; Que, não sabe informar o motivo da vítima esta acusando o declarante de o ter agredido. [...]" (Confirmado em juízo f. 381).

Em juízo (f. 381) M. afirmou que W. deve ter pego o dinheiro que era para pagar os cortadores de grama. Que estes eram baianos e estavam fazendo "bico", que foram eles quem agrediram a vítima, não sabendo

informar os nomes deles. Acrescentou, ainda, que D. e M. trabalhavam para M. cortando grama, E. e C. apenas estavam no local, e C. é seu filho. O dinheiro furtado não foi devolvido.

D. também negou ter agredido a vítima (f. 9):

> "[...] diz que foi levar seu pai M. na empresa G.S.; Que, chegando lá os cortadores de grama estavam agredindo W.; Que, seu pai gritou ordenando que o largasse; Que W. disse que o dinheiro que havia furtado estava na cidade de Sarzedo; Que, diz que não veio junto com M., C., A. e E.; Que, o declarante veio para Sarzedo por volta das 14 horas com seu pai; Que nega ter agredido W.; Que, sabe dizer quem agrediu W. [...]" (Confirmado em juízo f. 382).

D. alegou, em juízo (f. 382), não conhecer os cortadores de grama e não ter visto as agressões. Afirmou que apenas soube do ocorrido por boatos. Que seu pai pediu que ele o levasse a Sarzedo e este foi dirigindo para resolver um problema com a firma de seu pai.

A. declarou não ter agredido a vítima, afirmando que quem o fez foram os cortadores de grama de Conselheiro Lafaiete (f. 10):

> "[...] o declarante diz que estava passando em frente ao galpão onde seus colegas estavam; Que, viu o movimento e perguntou o que estava acontecendo; Que, seus colegas disseram que a vítima furtou o dinheiro e que este estaria debaixo de uma pedra na empresa ITAMINAS; Que, deslocaram normalmente com seus colegas e a vítima para Sarzedo; Que, quando chegou na portaria da empresa criou-se o tumulto; Que, a vítima desceu normalmente do veículo e disse que estava sendo agredida pelos companheiros do declarante; Que, em momento algum o declarante agrediu a vítima; Que, não viu seus amigos agredindo a vítima; Que, diz que quem agrediu a vítima foram os cortadores de grama na cidade de Conselheiro Lafaiete; Que, o vigilante acionou a polícia e todos foram conduzidos para a delegacia. [...]" (Confirmado em juízo f. 383).

Assim como os demais envolvidos A. alegou, em juízo (f. 383), que quem agrediu a vítima foram os cortadores de grama e que não sabe identificá-los. Declarou que os demais envolvidos não tiveram nada a ver com isso e que até pararam, no caminho para Sarzedo, em uma lanchonete.

C. apresentou a mesma versão dos demais acusados (f. 11):

> "[...] Que, nega ter agredido W.; Que, chegou na empresa G.S. onde os cortadores de grama estavam acusando W. de ter furtado o dinheiro; Que, W. disse que o dinheiro estaria em Sarzedo na empresa ITAMINAS; Que, deslocaram para a cidade de Sarzedo juntamente com W., o declarante, A., E. e M., onde, chegando na portaria da empresa Itaminas, W., disse que o declarante e os demais colegas teriam o sequestrado e agredido; Que, quem agrediu W. foram os cortadores de grama; Que, o declarante não sabe dizer o nome dos cortadores que teriam agredido a pessoa de W.; [...] Que, não sabe porque está sendo acusado de agressão por W. [...]". (Confirmado em juízo f. 384).

Reafirmando a versão apresentada no A.P.F.D., C. alega, em juízo (f. 384), que foram os cortadores de grama baianos que agrediram W. e que, ele e os demais acusados, não tiveram nada a ver com o tumulto.

Conforme se verificou até aqui, todos os réus tentaram imputar os fatos a cortadores de grama baianos que sequer foram por eles identificados.

Já, a vítima W., em sua declaração (f. 58/60), alega ter sido sequestrado, agredido e ameaçado de morte pelos acusados:

> "[...] M. foi na casa do declarante e o chamou para ir na Serra de Ouro Branco; Que o declarante entrou no carro de M., e M.o levou para o galpão onde o mesmo guarda os seus caminhões; [...] Que quando o declarante chegou no local, C. e D., já estavam no local; Que C. estava com a Hilux e o D. estava em um Palio; Que também havia no local alguns peões; Que C. e M. mandaram o declarante entrar na Hilux; Que C. disse que o declarante estava envolvido no furto dos R$4.000,00 (quatro mil reais) e que o declarante ia com eles; Que, quando o declarante entrou na Hilux, E. já estava dentro do veículo; [...] Que saíram na Hilux e na frente da casa do A., C. parou o carro, sendo que M. desceu do veículo e A. entrou no seu lugar; Que M. foi para o Palio conduzido por D.; Que, dentro do carro, E. e M. foram dando cotovelada no declarante e C. e A. ameaçando de matar o declarante caso o mesmo não devolvesse o dinheiro; Que o declarante dizia a todo momento que não era o autor do furto; [...] Que o declarante foi levado para um pasto no distrito de Almeidas, que fica entre Conselheiro Lafaiete e Itaverava/MG; Que M. e D. já estavam no local; Que, no local, C. tirou o declarante do carro pelo cabelo e desferiu um soco no seu olho esquerdo; Que em seguida, M. desferiu um chute na canela do declarante; Que o declarante caiu no chão, e M. desferiu outro chute no declarante; [...] Que E., M. e D. foram agredindo com socos e chutes; [...] Que o declarante afirma que até paulada o mesmo tomou; Que o declarante afirma que o único que não lhe agrediu fisicamente foi A., mas ameaçava de matar o declarante a todo momento caso o declarante não falasse onde o dinheiro estava escondido; Que o declarante afirma que estava todo machucado e sempre dizia que não sabia onde estava o dinheiro, que não havia sido o mesmo autor do furto; [...] Que uma pessoa disse que o dinheiro podia estar na cidade de Sarzedo/MG, pois o declarante havia trabalhado no dia do furto nesta cidade; Que o declarante ouvindo isso, para sair do pasto onde estava sendo agredido, disse que havia escondido debaixo de uma pedra na empresa Itaminas em Sarzedo/MG; Que o declarante afirma que foi a única maneira que o mesmo encontrou para sair do local onde estava; Que C. e M. estavam querendo deixar o declarante amarrado no sítio de M., para virem buscar o dinheiro em Sarzedo/MG; Que o declarante disse para os dois, que só ele sabia onde o dinheiro estava escondido; Que Cristiano colocou o declarante na Hilux e juntamente com A., E. e M. vieram para Sarzedo/MG, até a mineradora Itaminas; Que C. aumentou o volume do som e fechou os vidros, tudo isso para que o declarante não pedisse ajuda; Que o declarante veio apanhando no carro até Sarzedo; Que quando chegaram na portaria da Itaminas, por volta das 11h30min, o porteiro abordou o carro e Cristiano disse que olhar sobre grama na Itaminas; Que o porteiro pediu para C. encostar o carro para colocar a bandeirinha de sinalização; Que, nesse momento, aproveitando que C. abriu a janela, o declarante pulou em cima de Cristiano e pediu por socorro; Que o porteiro sacou sua arma e mandou todos descerem da caminhonete; Que o declarante contou para o porteiro que havia sido sequestrado e trazido para Belo Horizonte a força; Que o declarante também informou que havia sido agredido; [...]" (Confirmado em juízo f. 280).

À f. 146, o RMP requereu que a vítima esclarecesse por qual motivo os investigados alegam que W. foi agredido pelos cortadores de grama. Atendendo à requisição, W. declarou (f. 166) que o acusado M. é amasiado com sua mãe há mais de 10 anos e na época dos fatos o chamou para trabalhar com ele na gramadora, fato que não foi bem aceito pelos filhos de M., (C. e D.). Segundo ele quando desapareceram os R$ 4.000,00 (quatro mil reais), M. acusou W. de tê-lo furtado:

> "[...] que dentre os cortadores de grama que lhe bateram estava M., os filhos de C.S. e D.S.G., além dos demais envolvidos, quais sejam: E.R.C.C., M.H.C., A.R.V., [...]" (Confirmado em juízo f. 280).

As testemunhas apresentadas pela defesa, em audiência que ocorreu em 28/9/2015 (f. 279/283), informaram que os acusados são trabalhadores, honestos e pessoas de boa conduta. Todas disseram não ter conhecimento de nenhum ilícito que envolvesse qualquer um dos réus.

Nas argumentações finais o Ministério Público (f. 418/421) manteve seu posicionamento da denúncia e requereu a condenação dos réus nos termos da inicial.

In casu, não pairam dúvidas quanto à existência dos fatos e sua autoria. A prova oral é convergente e coerente a indicar a autoria delitiva dos réus, os quais constrangeram o ofendido, mediante emprego de violência e grave ameaça, a sofrimento físico e mental, com o objetivo de extrair dele confissão sobre furto havido na sociedade empresária de propriedade do acusado M.F.S.

Com efeito, aos apelantes, é atribuído o cometimento da infração penal de tortura na modalidade comissiva (art. 1º, inc. I, da Lei nº 9.455/9), com incidência da causa de aumento prevista no inc. III, do § 4º, do mesmo dispositivo legal. A propósito:

> Art. 1º Constitui crime de tortura:
>
> I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:
>
> a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
>
> b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
>
> c) em razão de discriminação racial ou religiosa;
>
> II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.
>
> Pena - reclusão, de dois a oito anos.
>
> § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.
>
> § 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.
>
> § 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.
>
> § 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:
>
> I - se o crime é cometido por agente público;
>
> II – se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003).
>
> III - se o crime é cometido mediante sequestro.
>
> [...].

Pois bem.

Na contramão das alegações defensivas, o acervo probatório amealhado no transcurso da persecução penal é apto a comprovar a existência dos fatos e a autoria delitiva, conforme bem examinado na sentença, acrescentando, por oportuno, as seguintes considerações.

Não procedem os argumentos defensivos de inconsistências e contradições nos depoimentos prestados pela vítima e pelo porteiro da Itaminas, a testemunha A.T.M., consubstanciadas, essencialmente, em incongruências a respeito de como a vítima se livrou do veículo tripulado pelos réus, se houve ajuda na contenção dos sentenciados, se o agente de segurança conhecia o ofendido anteriormente, dentre outras (f. 466). Isso porque, como brilhantemente exposto em 1º grau, estas minúcias não têm condão de esmaecer o conjunto de provas, sendo que tais pontos controvertidos se justificam no transcurso do tempo e nas próprias impressões pessoais dos envolvidos, as quais são subjetivas e podem sofrer alterações. Fato incontroverso é que a vítima chegou machucada à portaria da empresa Itaminas, na companhia de 4 (quatro) dos sentenciados, pedindo por socorro e sendo auxiliada pela testemunha A.T.M.

De igual modo, não se vislumbram contradições nas declarações prestadas pela vítima nas fases inquisitória e acusatória. Com efeito, os depoimentos não se contrapõem, mas se complementam, tendo o ofendido afirmado que fora convidado pelo acusado M.F.S. a comparecer ao galpão onde guarda os caminhões, sendo que lá já se encontravam os acusados C. e D., além de alguns peões. Sequencialmente, os recorrentes embarcaram em uma Hillux e em um Palio, mantendo o ofendido no primeiro veículo, instante em que as agressões se iniciaram. Prosseguiu afirmando que foi levado para um pasto no distrito de Almeidas, o qual se localiza entre os municípios de Itaverava/MG e Conselheiro Lafaiete/MG, sendo que as agressões continuaram e se intensificaram. Arrematou asseverando que criou a versão de que o dinheiro se encontrava na empresa Itaminas, debaixo de uma pedra, com o intuito de escapar da ação dos réus. Finalizou dizendo que a estratégia se justificou por saber do procedimento de segurança adotado na mencionada empresa, em que os veículos são vistoriados antes de seguirem para dentro do local (f. 58/60; 166 e 280). Salienta-se que a pequena contradição quanto à cronologia da dinâmica criminosa, em que a vítima, em seu segundo depoimento perante a autoridade policial, deixa de mencionar a sua condução ao pasto, em nada descredibiliza o teor de suas afirmações, posto representar apenas uma omissão irrelevante. Ainda, importante destacar que a vítima não imputa as agressões exclusivamente aos cortadores de grama, mas destaca que os acusados estavam dentre os cortadores de grama, conforme termo de depoimento de f. 166.

Na mesma linha, as declarações dos increpados, conquanto uníssonas, são incapazes de infirmar a prova para fins condenatórios, pois apenas insistem na versão de que cortadores de grama agrediram o ofendido, não tendo participação nos fatos. Causa estranheza, contudo, não terem, os réus, identificado tais pessoas, ainda que se tratem de trabalhadores sazonais, considerando-se que um deles - M.F.S. - é o proprietário da sociedade empresária onde os fatos desenvolveram. Nebuloso, ainda, crer que os acusados, sabendo que a vítima sofrera espancamento, ter aceitado transportá-la nesta condição, com o intuito de reaver o dinheiro, sem, ao menos, encaminhá-la a um hospital.

Ainda, consigna-se que, a despeito de a extensão das lesões apuradas via exame de corpo de delito (f. 64) não tenham denotado gravidade intensa, apontando orientação do ofendido no índice máximo da escala *Glasgow*, compreende-se que tal fundamento se mostra inábil para fins desclassificatórios. Mesmo que o resultado material, apurado pericialmente, possa ser o mesmo em um delito de tortura e em outro de

lesões, imprescindível, para o reconhecimento do primeiro, a presença de sua elementar subjetiva. Essa é averiguada, na hipótese *sub examine*, a partir da intenção dos agentes em constranger, por intermédio do emprego de violência e grave ameaça, o ofendido, impingindo-lhe sofrimento físico o mental, com o fim de obter a confissão dele a respeito da autoria de furto cometido na empresa de um dos sentenciados.

De mais a mais, nos termos alinhavados no r. *decisum* (f. 449/450):

> A defesa ressaltou (f. 433) que o A.C.D. da vítima (f. 64) apresenta apenas esquimose na região da pálpebra inferior esquerda, além de mencionar a situação com base na escala de *Glasgow*. O nível da vítima foi 15, o que caracteriza lesão leve. Porém, esta escala é uma forma de medir/avaliar o nível de consciência de uma pessoa que tenha sofrido um traumatismo crânio-encefálico ocorrido na sequência de uma pancada exercida no crânio.
>
> De acordo com o depoimento da vítima, esta foi agredida com socos, chutes, pontapés e pauladas. Em sua referência às agressões direcionadas à cabeça, citou apenas o puxão de cabelo e o soco que recebeu de C.

Logo, claramente não haveria motivos para que fosse maior o nível registrado na escala de *Glasgow*, visto que as demais agressões foram direcionadas a outras partes do corpo da vítima, até porque W. não poderia prestar as informações exigidas pelos réus se estivesse desacordado.

A gravidade das lesões sofridas pela vítima resta comprovada no A.C.D. (f. 64), onde se encontram os dizeres: "[...] sumário de alta referente a atendimento médico hospitalar nos dias 21 a 25/8/2011 [...]". A vítima ficou hospitalizada no período acima mencionado. Verifica-se que se as lesões sofridas pela vítima fossem tão leves não haveria necessidade de atendimento de cinco dias.

No que tange, ademais, à pretensão desclassificatória perfilhada em 1º grau, com arrimo no argumento de que "o crime de tortura é próprio, não podendo ser imputado ao cidadão comum" (f. 474), entende-se que não merece prosperar, conforme bem fundamento em 1º grau, cujos argumentos ali expendidos aqui se aproveitam. Deixo de reproduzi-los para evitar repetição.

De qualquer modo, acrescenta-se que o delito de tortura não é crime próprio, não demandando o cometimento por funcionário público. Admite-se qualquer sujeito ativo do tipo penal, havendo, inclusive, a previsão de aumento de pena na hipótese de o crime ser cometido por agente público (§ 4º do art. 1º da Lei nº 9.455/97).

Nesse sentido, já se pronunciou este Tribunal de Justiça:

> Apelação criminal. Tortura. Prova. Suficiência. Condenação mantida. Regime prisional. Modificação. Necessidade. Comprovadas a autoria e materialidade do delito de tortura, esta última através de laudo indireto, qual seja a própria prova testemunhal coligida nos autos, que de igual modo, serve para caracterizar a autoria, deve ser mantida a condenação. O delito de tortura previsto no art. 1º, inc. I, *a,* da Lei nº. 9455/97, não é considerado crime próprio do agente público, podendo ser praticado também pelo particular, ao contrário do inciso II do mesmo artigo de lei, que requer especificidade do sujeito ativo. O crime de tortura normalmente é praticado na clandestinidade, assim as palavras da vítima (de crime conexo ao de tortura) desde que concatenadas com as demais provas colhidas são suficientes para embasar a condenação. A delação do corréu tem pleno valor probante, quando, sem intuito de se beneficiar, confessa sua participação na prática delituosa, envolvendo também os demais. O Plenário do

STF declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/1990 (redação dada pela Lei 11.464/2007), que determinava o cumprimento de pena dos crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de terrorismo no regime inicial fechado. (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0245.08.146883-8/001, Rel. Des. Paulo Cézar Dias , 3ª Câmara Criminal, j. em 11/8/2015, p. em 19/8/2015)

Apelação criminal. Crime de tortura (Lei nº 9.455/97). Preliminar de nulidade. Ausência de exame de corpo delito. Rejeição. Absolvição. Inexistência de materialidade delitiva e insuficiência de provas hábeis. Impossibilidade - materialidade e autoria comprovadas. Desclassificação para lesão corporal. Alteração do regime fechado para o cumprimento inicial da pena. Possibilidade. Inviabilidade ao caso concreto. Sentença mantida. Recurso não provido. - A ausência do exame de corpo de delito da vítima não macula a procedência da ação penal, vez que outras provas poderão suprir-lhe a falta (art. 167 do CPP). - Afasta-se o pleito absolutório se, a despeito de alegação em contrário, as provas colhidas na fase inquisitorial foram ratificadas em juízo. - Em que pese o argumento da defesa de que testemunha alguma teria presenciado as ameaças que causaram sofrimento físico ou mental à vítima, extrai-se dos depoimentos prestados que as testemunhas viram as marcas deixadas pelo arame nos pés e mãos da vítima, razão pela qual a constatação de que o conjunto probatório amealhado aponta para a culpabilidade e responsabilidade penal dos recorrentes, não há que se falar em fragilidade de provas para a condenação. - O crime de tortura se insere no rol dos crimes comuns, não se tratando de crime político ou funcional, motivo pelo qual o sujeito ativo desse crime pode ser qualquer um, seja agente público ou pessoa sem essa qualificação. - Não há que se falar em desclassificação do crime de tortura para o de lesão corporal, se restou comprovado nos autos que foi causado à vítima sofrimento físico com emprego de violência com o fim de obter informação e/ou confissão (art. 1º, I, *a,* da Lei de Tortura). - Embora o entendimento sufragado pela Corte Suprema em observância ao princípio da individualização da pena, permita a fixação de regime diverso do fechado para os crimes considerados hediondos e equiparados, entre os quais, se inclui a tortura e ainda que a quantidade da pena comporte abrandamento do regime, a fixação de regime mais severo mostra-se mais adequado e proporcional às circunstâncias inerentes ao caso concreto em análise. (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0514.07.025311-7/001, Rel.ª Des.ª Kárin Emmerich, 1ª Câmara Criminal, j. em 3/12/2013, p. em 7/1º/2014).

A conduta imputada aos acusados, portanto, denota a existência do emprego de evidente sofrimento físico e psíquico à vítima, havido mediante a utilização de violência e grave ameaça, com o intuito de obter a confissão dela a respeito de um furto. Em decorrência, incabível o acolhimento dos pedidos de absolvição ou de desclassificação para o crime de lesões corporais leves, devendo prevalecer a solução condenatória, alçada em 1º grau.

Avança-se para o exame da operação dosimétrica desenvolvida na r. sentença e ao enfrentamento das teses correlatas.

Antes de se partir para o exame pormenorizado das reprimendas, assinala-se, de antemão, que não procede o argumento defensivo de que houve irregularidade na fixação das penas, pela adoção do mesmo raciocínio, para todos os réus, a respeito do exame das vetoriais dispostas no art. 59, do Código Penal.

Sem maiores delongas, nota-se que as moduladoras judiciais que se comunicam com o *modus operandi* da infração penal e com seus desdobramentos, isto é, as atinentes às circunstâncias e consequências do crime, repetem-se para todos os sentenciados, os quais praticaram o mesmo delito, nas mesmas condições.

Logo, não há qualquer nulidade ou irregularidade no raciocínio trilhado na r. sentença, a qual percorreu de maneira individualizada as etapas do método trifásico da dosimetria das penas para cada acusado.

Inclusive, o juízo de censura impingido a tais operadoras judiciais se justifica, porquanto o cometimento da infração penal em concurso de agentes (seis pessoas, *in casu*), com o isolamento da vítima em local ermo, dota o modus operandi da conduta de maior reprovabilidade. Do mesmo modo, a hospitalização da vítima por 5 (cinco) dias, conforme atestado no A.C.D. (f. 64), denota a gravidade das lesões suportadas e justifica o incremento dos apenamentos basilares com subsídio na desvalorização das consequências do crime.

Via de consequência, nada a reparar quanto à fixação das penas-bases dos réus no montante de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Na segunda etapa do método trifásico, não incidem atenuantes ou agravantes.

Na terceira, não há minorantes a serem computadas. Foi aplicada, no entanto, a majorante descrita no inciso III, do § 4º, do art. 1º, da Lei nº 9.455/97, ao patamar de 1/5 (um quinto). No particular, pugna a defesa pela extirpação da referida causa de aumento de pena, invocando o motivo de que o ofendido não fora levado forçadamente aos locais apontados por ele em seus depoimentos.

Sem razão.

Consoante já esmiuçado no exame das provas da autoria, é incontroverso que os acusados, notadamente M., atraíram a vítima para o galpão, sob o pretexto de ir a Serra Ouro Branco. Ocorre que, sequencialmente, o ofendido fora transportado, à força, para um pasto na localidade de Almeidas/MG e, depois, para Sarzedo/MG, sem que pudesse sair, restando privado de sua liberdade (f. 58/60). Logo, de rigor a manutenção da incidência da majorante em epígrafe, o que repercute na ratificação das sanções definitivas dos réus em 3 (três) anos de reclusão.

Concernente aos regimes iniciais de cumprimento das penas, reforma merece a r. sentença, na esteira dos substanciosos argumentos empreendidos pelo nobre advogado dos apelantes, pois possível é a estipulação do aberto.

Não obstante a previsão contida no art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, deve-se ressalvar que o pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* de nº 111.840/ES, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, por violação à garantia fundamental da individualização da pena, prevista no art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal.

Nessa ótica, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem ser fundamentados nos termos do §3º, do art. 33 c/c art. 59, ambos do Código Penal, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

Nessa toda, afastado este óbice e assinalada a inexistência de fundamentação idônea hábil a determinar o recrudescimento do cárcere, fixa-se o regime aberto para o cumprimento das penas impostas aos acusados. Frisa-se a condição deles de primariedade (CAC's e FAC's - f. 386/412) e a não desfavorabililidade de todas as circunstâncias judiciais.

Desatendidos os pressupostos elencados nos artigos 44 e 77, do Código Penal, inviável é a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão do sursis.

Diante do exposto, com respaldo nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação dos atos jurisdicionais, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, apenas para modificar o regime inicial de cumprimento das penas impostas aos apelantes para o aberto, mantida a r. sentença quanto ao remanescente.

Custas nos termos da decisão de 1º grau.

Comunicar.

Votaram de acordo com o Relator a DESEMBARGADORA BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e O JUIZ DE DIREITO CONVOCADO GLAUCO FERNANDES.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

V.v.: A expedição de Mandado de Prisão, assim como guia de execução, nos termos da recente decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal, prolatada nos autos do HC 126.292/SP, somente deverá ocorrer após o esgotamento de eventuais recursos nesta instância (embargos declaratórios e infringentes). (Des. Furtado de Mendonça).

V.v.p. Apelação criminal. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Pedido de absolvição. Impossibilidade. Alegação de posse do artefato para a segurança própria. Excludente não verificada. Redução, *ex officio,* da pena-base para o patamar mínimo legal. Imperiosidade. Baliza judicial cujo exame apresentou impropriedade. Início imediato da execução da pena após a prolação do acórdão condenatório. Possibilidade. Desnecessidade de trânsito em julgado da condenação. *Habeas corpus* 126.292/SP do Supremo Tribunal Federal. Recurso não provido. De ofício, reduzida a reprimenda. Determinado o início da execução da pena.

- O só fato de o acusado ter alegado que portava arma de fogo de uso permitido, por motivo de "segurança própria", não é capaz de afastar a reprovabilidade de sua conduta, sobretudo quando nenhuma situação de risco iminente restar comprovada nos autos.

- Constatando-se a existência de impropriedade no exame de baliza judicial, prevista no art. 59, do Código Penal, torna-se imperiosa a correção da pena-base pela Instância Revisora, em virtude, inclusive, da ampla devolutividade que é particular à Apelação Criminal.

- A expedição de mandado de prisão e/ou de guia de execução, após a prolação de Acórdão Condenatório por este Egrégio Tribunal de Justiça, com a finalidade de iniciar a execução da pena imposta, não fere o princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que, neste momento processual, encerrada está a possibilidade de reexame da matéria fático-probatória, encontrando-se formada a culpa do agente. (Des. Rubens Gabriel Soares).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0439.14.004969-3/001 - Comarca de Muriaé - Apelante: J.L.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. RUBENS GABRIEL SOARES.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, E, DE OFÍCIO,

REDUZIR A REPRIMENDA, VENCIDO O RELATOR QUANTO AO MOMENTO DE INÍCIO DA EXECUÇÃO DA REPRIMENDA.

Belo Horizonte, 28 de maio 2019. - *Rubens Gabriel Soares* - RELATOR.

Voto

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - J.L.S., devidamente qualificado e representado nos autos, foi denunciado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais como incurso nas sanções do art. 14, da Lei nº 10.826/03, porque segundo consta da exordial acusatória:

> [...] No dia 22 de março de 2014, por volta das 5h, na Rodovia Federal BR 116, proximidades do estabelecimento comercial denominado XXXXXXXXXXXX XX XXXXXX, no Bairro XXXXXX, nesta Cidade e Comarca de Muriaé/MG, o denunciado, agindo livre, voluntária e conscientemente, mantinha sob sua guarda 1 (um) revólver calibre .38, marca Taurus, nº de série XXXXXXX, devidamente municiado com 6 (seis) cartuchos, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com a determinação legal. Segundo se apurou, policiais militares, em campana no loção, perceberam quando o veículo VW Golf, de cor preta, estacionou no local, bem como o denunciado desceu do veículo, passando a procurar por alguma coisa no chão. Apurou-se, ainda, os milicianos foram em direção ao veículo visando à sua abordagem, oportunidade em que o denunciado arremessou um objeto para dentro do veículo VW Gol. Por fim, em sendo percebido seu gesto, os milicianos procederam as buscas no interior do veículo, logrando êxito na localização da arma de fogo, momento em que o denunciado confessou a propriedade ilícita da mesma. Laudo pericial de natureza e eficiência da arma de fogo acostado às f. 33/34, onde foi constatada a eficiência da mesma. O denunciado é reincidente (vide, f. 43/44). Agindo assim, fica o denunciado como incurso nas sanções do art. 14, da Lei nº 10.826/2003, c/c o art. 61, inciso I, do Código Penal Pátrio [...] (sic, f. 1D/3D).

A denúncia de f. 1D/3D, foi recebida em 2 de junho de 2014, pela decisão de f. 48.

Após instrução processual, com resposta à acusação (f. 54/56), inquirição de testemunha (mídia de f. 72, degravada às f. 115/116), interrogatório (mídia de f. 72, degravada às f. 116/119v.) e alegações finais das partes (f. 75/76 e 81/84), a MMª. Juíza Sentenciante, no dia 23 de outubro de 2017, julgou procedente a pretensão punitiva do Estado, para condenar o acusado J.L.S., nas sanções do art. 14 da Lei nº 10.826/03, submetendo-o a pena de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime semiaberto, além do pagamento de 12 (doze) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato (f. 85/89).

A r. Sentença Penal condenatória, foi publicada em 30 de novembro de 2017 (f. 89v.), e o acusado foi pessoalmente intimado sobre seus termos no dia 21 de março de 2018, oportunidade em que manifestou interesse em recorrer (f. 94/95).

Em suas razões recursais (f. 98/101), a Defesa de J.L.S. pugnou, unicamente, por sua absolvição, ao argumento de que sua ação está amparada pela excludente de ilicitude relativa ao estado de necessidade.

Contrarrazões do Ministério Público do Estado de Minas Gerais às f. 103/106, pela manutenção do *decisum* hostilizado.

Determinada a remessa dos autos ao Setor de Taquigrafia para transcrição da mídia acostada à f. 72, juntaram-se os documentos de f. 115/119v.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e, no mérito, pelo não provimento do recurso (f. 123/128).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Não existem preliminares nem nulidades arguidas pelas partes ou que devam ser declaradas de ofício.

Desta forma, passa-se ao exame do mérito recursal.

I - Do pedido de absolvição.

Em suas razões recursais, a Defesa de J.L.S. pugnou, unicamente, por sua absolvição, ao argumento de que sua ação está amparada pela excludente de ilicitude relativa ao estado de necessidade.

De início, cumpre registrar que a materialidade do delito imputado ao réu ficou comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante (f. 2/8), Boletim de Ocorrência (f. 23/27), Auto de Apreensão (f. 28) e Laudo de Eficiência e Prestabilidade da arma de fogo (f. 33/35), sem prejuízo das demais provas orais e circunstanciais.

A autoria, da mesma forma, é inconteste, e restou comprovada pela confissão espontânea de autoria do acusado J.L.S. (f. 7 e mídia digital de f. 72, degravada às f. 116/119), a qual se encontra em perfeita sintonia com os depoimentos prestados pelos Policiais Militares que o prenderam em flagrante delito (f. 2/6 e mídia digital de f. 72, degravada às f. 115/116), enquanto ele estava portando arma de fogo de uso permitido em via pública.

Nesse contexto, conjugando a confissão espontânea do réu com os depoimentos firmes e seguros dos Agentes Públicos que foram inquiridos no curso da instrução criminal, entende-se que restou suficientemente comprovada a autoria do delito previsto no art. 14, *caput*, da Lei nº 10.826/03.

Malgrado estarem bem evidenciadas nos autos a materialidade e a autoria do delito noticiado na denúncia, a Defesa busca a absolvição do apelante, invocando, para tanto, o reconhecimento da excludente de ilicitude do estado de necessidade em sua conduta.

Razão, contudo, não lhe assiste.

Nos termos do art. 24, do Código Penal, só se considera em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar-se (ou a terceiro) de perigo atual e iminente, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir.

Por conseguinte, para a configuração da excludente de ilicitude invocada, é imprescindível a existência de "perigo atual", nos termos do art. 24, do Código Penal, o que não se verifica no presente caso, sequer pela narrativa apresentada pelo réu. Ora, muito embora o denunciado alegue estar sendo ameaçado, razão pela qual portava arma de fogo por um suposto e incerto motivo de "segurança", tal fato não tem o condão de afastar a ilicitude da conduta delitiva que decorre do art. 14 da Lei nº 10.826/03.

Primeiro, porque nenhuma situação de risco restou satisfatoriamente comprovada nos autos. Segundo, porque, ainda que assim não fosse, poderia o acusado ter se valido de outros meios idôneos e legítimos para

assegurar a sua integridade física, como, por exemplo, levar ao conhecimento das autoridades locais a ação antijurídica, e não adquirir uma arma, para porta-la ao arrepio das determinações legais e regulamentares.

Decerto, qualquer pessoa que se sinta ameaçada tem à sua disposição alternativas viáveis para a garantia de sua segurança, todas dispostas no ordenamento jurídico pátrio. E, se essa segurança é deficitária ou não, cuida-se de questão que deve ser tratada em outro sítio, sem servir de escusa para o armamento voluntário e ilegal de um cidadão.

Tal questão é pacífica na jurisprudência desse Egrégio Tribunal de Justiça:

> Porte ilegal de arma. Suposta ameaça de morte. Legítima defesa. Inexigibilidade de conduta adversa. Absolvição. Impossibilidade. - Restando comprovadas a materialidade e autoria, bem como a potencialidade ofensiva da arma apreendida, não merece prosperar o pleito absolutório fundado na excludente de culpabilidade da legítima defesa, ao argumento de que estava sendo ameaçado de morte, pois para a sua configuração é necessário o reconhecimento de todos os elementos determinados pela lei, sendo imprescindível a demonstração da iminente e injusta agressão. - A inexigibilidade de conduta diversa é causa supralegal de exclusão da culpabilidade que, malgrado não haja expressa previsão legal, é aceita na doutrina e jurisprudência, pois não se pode admitir a punição exclusivamente pela falta de previsão, o que acarretaria injustiças nos julgamentos. Porém, a singela alegação do agente de estar sofrendo ameaças de morte não o legítima a portar, em via pública, arma de fogo sem a devida autorização, sendo incabível, pois, o acolhimento da tese de inexigibilidade de uma conduta diversa. - Recurso desprovido. (Apelação Criminal nº 1.0024.05.644290-8/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, 3ª Câmara Criminal, j. em 29/9/2009, p. em 30/10/2009).

> Apelação criminal. Transporte de arma de fogo. Autoria e materialidade comprovadas. Arma fora do alcance do réu. Atipicidade de conduta. Impossibilidade. Excludente de culpabilidade. Inexigibilidade de conduta diversa. Tese não comprovada. Decisão de primeiro grau mantida. Recurso não provido. - Suficientemente comprovadas a autoria e a materialidade do delito de transporte ilegal de arma de fogo, conforme demonstrado pela confissão do réu e demais provas, descabida a absolvição, ao argumento de que referido objeto se encontrava fora do alcance do apelante. - É insuficiente a simples alegação do réu de que estaria sendo ameaçado de morte para ver-se absolvido do delito de porte ilegal de arma de fogo pela exculpante da inexigibilidade de conduta diversa, porque a sua conduta não se coaduna com o seu conceito, ainda mais quando era possível a ele se valer dos meios legais para afastar a alegada ameaça. - Recurso a que se nega provimento. (Apelação Criminal nº 1.0604.10.000839-9/001, Rel. Des. Nelson Missias de Morais, 2ª Câmara Criminal, j. em 3/3/2011, p. em 5/4/2011).

> Apelação. Porte ilegal de arma de fogo [...] O delito de portar arma de fogo sem autorização legal é crime de perigo abstrato ou presumido, dispensando a demonstração efetiva de uma situação concreta de risco. - Não se conhece da excludente de ilicitude do estado de necessidade se ausentes estão os requisitos do art. 24 do Código Penal. - A ameaça de morte alegada pelo apelante não é apta a caracterizar a excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, não havendo que se falar portanto em absolvição. - A pena de ser reduzida de ofício, compensando-se a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. - O apelante se encontra representado por Defensor Público, justificando a isenção do pagamento das custas processuais. - Recurso conhecido e parcialmente provido. (Apelação Criminal nº 1.0105.06.182402-2/001, Rel. Des. Pedro Vergara, 5ª Câmara Criminal, j. em 5/10/2010, p. em 20/10/2010).

Com efeito, muito embora a Defesa alegue que o réu vinha sendo ameaçado por terceiros, tal fato não torna lícita a sua conduta, pois, caso se admitisse o contrário, qualquer pessoa que se sentisse ameaçada poderia andar com armas de fogo, tornando inócua a proscrição legal em exame. A propósito, o entendimento desta CORTE:

> Nulidade. Flagrante. Inocorrência. Porte de arma de fogo. Crime de mera conduta. Ofensividade mínima. Inaplicabilidade. Estado de necessidade. Erro de proibição. Requisitos não demonstrados. - Não há se falar em nulidade da busca pessoal efetuada no apelante pelos agentes policiais, pois realizada diante da ocorrência de flagrante delito, o que afasta até mesmo a necessidade de mandado judicial. - Não se aplica à conduta prevista no art. 14 da Lei nº 10.826/03 o princípio da mínima ofensividade ou da intervenção mínima, bastando, para sua configuração, o agente portar arma ou munições, sem autorização e em desacordo com determinação legal, sendo irrelevante a ocorrência de um resultado, pois o legislador se preocupou em restringir o uso de armas de fogo no território nacional e impor penas mais severas àqueles que descumprissem suas normas - A excludente do 'estado de necessidade' só pode ser reconhecida se demonstrados os requisitos do art. 24, do Código Penal. - O fato de o apelante ser agente penitenciário e, portanto, estar sujeito a ameaças de presos, não conduz à ilação de que ele tinha autorização para andar armado, ao contrário, leva justamente ao raciocínio inverso: tratando-se de pessoa instruída, tinha pleno conhecimento da ilicitude de sua conduta. (Apelação Criminal nº 1.0024.10.071261-1/001, Rel.ª Des.ª Maria Luíza de Marilac, j. em 5/6/2012, p. em 12/6/2012).

Na mesma toada, confira-se o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça:

> [...] Quanto ao mérito, revela notar que o apelante foi flagrado pela Polícia Militar portando arma de fogo - sem autorização da autoridade competente e em desacordo com as determinações normativas pertinentes - fora de sua residência ou do local de trabalho. O crime de porte ilegal de arma de fogo é de perigo abstrato, sendo irrelevante se o agente tencionava ou não usá-la concretamente. Nesse sentido, o penalista Luiz Régis Prado leciona que, no delito em questão, 'o perigo constitui unicamente a *ratio legis*, inerente à ação não necessitando de comprovação (ex. art. 135, 253, 288, CP)'.
>
> O Superior Tribunal de Justiça, a propósito, há muito firmou o entendimento de que:
>
> [...] Feitas essas considerações, permissa venia, quanto ao mérito propriamente dito da apelação, vê-se que a douta defesa não contestou a materialidade e a autoria do crime. E nem poderia, visto que a primeira está evidenciada pelo Auto de Prisão em Flagrante Delito de f. 2/9, Boletim de Ocorrência de f. 23/27, Auto de Apreensão de f. 28, e Laudo Pericial de Eficiência em Arma de Fogo de f. 33/34. A perícia, aliás, constatou a potencialidade lesiva da arma apreendida em poder do réu. A autoria, por sua vez, está bem demonstrada pela confissão do réu na fase policial (f. 7), reiterada em Juízo, corroborada esta, ainda, pela prova testemunhal produzida nos autos (mídia de f. 72).
>
> Essas provas não foram colocadas sob suspeita por outra, ainda que tênue. Por essa razão, podem, sim, embasar um decreto condenatório. E, mesmo que a condenação tivesse sido baseada unicamente em depoimentos de policiais, o que não é o caso dos autos, não haveria motivo para a anulação da sentença, tendo-se em vista que o Supremo Tribunal Federal, como de resto todos os tribunais do País, tem desqualificado esses testemunhos somente nos casos em que se fizer prova robusta da suspeição.
>
> Quanto ao mérito propriamente dito do recurso, a tese esboçada pelo réu, de que a arma seria utilizada para se defender de supostas ameaças, de 'um cara', por causa de sua 'ex-mulher', situação que daria

ensejo à absolvição, por estado de necessidade ou por inexigibilidade de conduta diversa, data venia, é absurda e não pode ser acatada, sob pena de a Justiça estar autorizando o retorno aos tempos do Far West e viabilizando a prática do crime de arma de fogo para pessoas que já tenham praticado crimes em data anterior.

O estado de necessidade a justificar eventualmente porte irregular de arma de fogo há ser o real, não aquele preventivo que se fundamenta em conjecturas. Nesse contexto, como já decidido pelo e. Tribunal de Justiça do Paraná:

[...]

A propósito, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, já decidiu que:

[...]

Por outro lado, diga-se que a doutrina e a jurisprudência têm admitido, excepcionalmente, a eficácia de causas supralegais de exclusão da culpabilidade. Elas não estão previstas na legislação, porém, podem ser aplicadas à luz dos princípios informadores do ordenamento jurídico, notadamente para se evitarem injustiças manifestas e gritantes em determinados casos concretos.

Calha citar as lições de Francisco de Assis Toledo, sobre a inexigibilidade de conduta diversa:

[...]

Porém, o acatamento da tese da inexigibilidade de conduta diversa depende de uma série de circunstâncias que revelem que, no caso concreto, o agente não teria realmente como agir de acordo com o direito, não se podendo considerar para tanto, quanto ao crime de porte de arma de fogo, simples alegações de medo de suposto e desconhecido desafeto, sem a prova cabal da assertiva.

A propósito, ensina o renomado penalista Fernando Capez:

[...]

Em caso em que a natureza do perigo concreto foi sustentada pela defesa, bem como a tese da inexigibilidade de conduta diversa, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul manifestou o seguinte entendimento:

[...]

Logo, torna-se imperiosa a integral manutenção da sentença condenatória, sendo descabidas as modificações pretendidas nas razões recursais.

[...]

> Isso posto, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais é pelo conhecimento do recurso de apelação, visto que nele estão presentes os pressupostos de admissibilidade; no mérito, é pelo seu desprovimento, de sorte que a r. sentença de 1° grau seja mantida, por seus próprios e corretos fundamentos. (f. 123/128).

Desse modo, não há como reconhecer que o acusado estava portando arma de fogo de uso permitido para se proteger em legitima defesa de perigo atual ou iminente, restando, portanto, afastada a excludente de ilicitude suscitada pela defesa.

Destarte, pelos fundamentos expostos alhures, e com supedâneo no entendimento esposado pelo Órgão Ministerial de Cúpula, entende-se que deve ser mantida inalterada a r. Sentença Penal condenatória, porque escorreita a condenação do inculpado como incurso nas sanções do art. 14, da Lei nº 10.826/03, não havendo que se falar, portanto, em absolvição.

Assentadas essas considerações, passo ao reexame da pena aplicada.

II - Da dosimetria da pena.

Registre-se que, com relação à reprimenda imposta ao acusado, a Defesa de J.L.S. não formulou quaisquer considerações específicas. Entretanto, em obediência ao princípio do favor rei, a dosimetria há de ser reexaminada em todas as suas fases, conquanto não tenha sido integralmente hostilizada, mesmo porque tal proceder não acarreta qualquer prejuízo ao réu.

Pois bem.

Na primeira fase, a Magistrada Singular, após analisar as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, considerou a conduta social desfavorável ao increpado, razão pela qual fixou a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Não obstante, a circunstância judicial da conduta social não pode ser tida como desfavorável ao acusado. De fato, a conduta social é o estilo de vida do réu, correto ou inadequado, perante a sua família, ambiente de trabalho, grupo comunitário, dentre outros.

Nesse diapasão é o magistério de Rogério Greco:

> Por conduta social quer a lei traduzir o comportamento do agente perante a sociedade. Verifica-se o seu relacionamento com seus pares, procura-se descobrir o seu temperamento, se calmo ou agressivo, se possui algum vício, a exemplo de jogos e bebidas, enfim, tenta-se saber como é o seu comportamento social, que poderá ou não ter influenciado no cometimento da infração penal. (GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015.).

No caso em testilha, a Juíza *a quo* considerou a conduta social desfavorável ao inculpado, nos seguintes termos: A conduta social do réu é desfavorável, ante a reiterada prática delituosa, conforme pode-se observar em sua CAC (f. 73/74), tendo sido condenado, inclusive, por homicídio (autos nº 0439.15.015543-0), praticado em data posterior aos fatos (f. 87).

A análise realizada pela Julgadora Singular não merece prosperar, uma vez que não se pode confundir os antecedentes penais e os apontamentos na certidão de antecedentes criminais (inquéritos policiais, ações em andamento, condenações posteriores aos fatos, dentre outros) com a conduta social.

Explico:

> A conduta social refere-se ao comportamento do agente no seio da sociedade, podendo o Magistrado, para analisá-la, requerer, inclusive, avaliação do acusado pelo Setor Técnico do juízo (avaliação social e psicológica).
>
> Quanto aos antecedentes criminais, entende-se que os inquéritos policiais, ações em andamento e condenações sujeitas a recurso não podem servir para exasperar a pena-base ou para agravar o regime inicial de cumprimento da pena corporal, sob pena de violação do princípio constitucional da não-culpabilidade, inserto no art. 5.º, inciso LVII, da Carta Magna.

A propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> *Habeas corpus*. Injustificada exacerbação da pena com base na mera existência de inquéritos ou de processos penais ainda em curso. Ausência de condenação penal irrecorrível. Princípio constitucional da não-culpabilidade (cf, art. 5º, LVII).pedido deferido, em parte. - O princípio constitucional da não-culpabilidade, inscrito no art. 5º, LVII, da Carta Política não permite que se formule, contra o réu, juízo negativo de maus antecedentes, fundado na mera instauração de inquéritos policiais em andamento, ou na existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso, revelando-se arbitrária a exacerbação da pena, quando apoiada em situações processuais indefinidas, pois somente títulos penais condenatórios, revestidos da autoridade da coisa julgada, podem legitimar tratamento jurídico desfavorável ao sentenciado. Doutrina. Precedentes. (STF - HC nº 79966/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., 2.ª Turma, j. em 13/6/2000; in *DJu* de 29/8/2003, p. 34).

No mesmo norte, os seguintes arestos do Superior Tribunal De Justiça:

> Penal. Pena-base. Antecedentes. Existência de processos sem trânsito em julgado. Exasperação. Impossibilidade. Consideração de elemento do tipo e de fundamento para a continuidade delitiva. Bis *in idem*. Ocorrência. - A existência de processos anteriores, sem trânsito em julgado, não legitima aumento da pena-base, pelo veio dos antecedentes. Aplicação da Súmula nº 444, deste Superior Tribunal de Justiça. - Não se pode levar em consideração para exasperar a pena-base, nos quesitos personalidade e circunstâncias, elemento do tipo, sob pena de bis *in idem*. Da mesma feita, a quantidade de vezes em que incorreu o paciente no mesmo crime não pode dar supedâneo aos fundamentos da culpabilidade, se foi isto também sopesado para aplicar a continuidade delitiva, na terceira fase da fixação da reprimenda. Precedentes. - Ordem concedida em parte para reduzir a pena. (HC nº 80.155/PR, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. em 15/6/2010, *Dj*e de 2/8/2010).
>
> Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2º, inciso II, c/c art. 14, inciso II, do código penal. Maus antecedentes. Ações penais em andamento. Impossibilidade. Regime aberto. I - Inquéritos e ações penais em andamento, por si, não podem ser considerados como maus antecedentes, para fins de exacerbação da pena-base ou, consequentemente, para a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso). II - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto. Recurso provido. (STJ, REsp nº 802465/DF, Rel. Min. Felix Fischer, v.u., 5.ª Turma, j. em 18/4/2006; *in DJu* de 12/6/2006, p. 538.).

Assim, cediço que para a valoração negativa dos antecedentes, é indispensável a comprovação de Sentença Penal Condenatória com trânsito em julgado, por delito anterior, tanto para a Acusação quanto para a Defesa, a teor do estatuído na Súmula nº 444, do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Súmula nº 444. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

In casu, verifica-se, através da certidão de antecedentes criminais (f. 73/74), que o acusado ostenta contra si uma Sentença Penal condenatória com trânsito em julgado anterior ao fato narrado na denúncia (autos nº 0054004-11.2011.8.13.0439), a qual se revela apta apenas a forjar a agravante da reincidência, sob pena de se incorrer em indesejável bis *in idem*.

No tocante aos demais apontamentos contidos na certidão de antecedentes criminais (f. 73/74), entende-se que estes são imprestáveis para refletir a conduta social do réu, uma vez que tal circunstância judicial se refere ao comportamento do agente no seio da sociedade, não se confundindo, portanto, com os mencionados apontamentos ou com os antecedentes penais.

Nessa direção, o escólio de Rogério Greco:

> [...] importante salientar que conduta social não se confunde com antecedentes penais, razão pela qual determinou a lei a análise dela em momentos distintos. Alguns intérpretes, procurando, permissa vênia, distorcer a finalidade da expressão conduta social, procuram fazê-la de 'vala comum' nos casos em que não conseguem se valer dos antecedentes penais do agente para que possam elevar a pena-base. Afirmam alguns que se as anotações na folha de antecedentes criminais, tais como inquéritos policiais ou processos em andamento, não servirem para atestar os maus antecedentes do réu, poderão ser aproveitadas para fins da aferição da conduta social. Mais uma vez, acreditamos, tenta-se fugir às finalidades da lei. Os antecedentes traduzem o passado criminal do agente; a conduta social deve aferir o comportamento perante a sociedade, afastando tudo aquilo que diga respeito à prática de infrações penais. Assim, se inquéritos em andamento não poderão servir para fins de verificação de maus antecedentes, da mesma forma não se prestarão para efeitos de aferição de conduta social. Pode acontecer, até mesmo, que alguém tenha péssimos antecedentes criminais, mas, por outro lado, seja uma pessoa voltada à caridade, com comportamentos filantrópicos e sociais invejáveis. Concluindo, não podemos confundir conduta social com antecedentes penais. Estes jamais servirão de base para a conduta social, pois esta abrange todo o comportamento do agente no seio da sociedade, afastando-se desse raciocínio seu histórico criminal, verificável em sede de antecedentes penais (GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015).

No mesmo sentido é a doutrina de Guilherme de Souza Nucci:

> [...] é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc. 0 magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório, e às testemunhas, durante a instrução. Um péssimo pai e marido violento, em caso de condenação por lesões corporais graves, merece pena superior à mínima, por exemplo. A apuração da conduta social pode ser feita por várias fontes, mas é preciso boa vontade e dedicação das partes envolvidas no processo, bem como do juiz condutor da instrução. Em primeiro lugar, é dever das partes arrolar testemunhas que possam depor sobre a conduta social do acusado. Tal medida vale para a defesa e, igualmente, para a acusação. O magistrado, interessado em aplicar a pena justa, pode determinar a inquirição de pessoas que saibam como se dava a conduta do réu, anteriormente à prática do crime. É natural que a simples leitura [d]a folha de antecedentes não presta para afirmar ser a conduta do acusado boa ou ruim.

> Mesmo no caso de existirem registros variados de inquéritos arquivados, processos em andamento ou absolvições por falta de provas, há ausência de substrato concreto para deduzir ser o réu pessoa de má conduta social. Afinal, antes de mais nada, prevalece o princípio constitucional da presunção de inocência. Se ele não foi condenado criminalmente, com trânsito em julgado, é considerado inocente e tal estado não pode produzir nenhuma medida penal concreta contra seu interesse. Entretanto, conforme o caso, tanto a acusação, como o próprio juiz, podem valer-se da folha de antecedentes para levantar dados suficientes, que permitem arrolar pessoas com conhecimento da efetiva conduta social do acuado. Lembremos que conduta social não é mais sinônimo de antecedentes criminais. Deve-se observar como se comporta o réu em sociedade, ausente qualquer figura típica incriminadora (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 14ª ed., 2014).

Não destoa deste posicionamento a lição de Cléber Masson:

> Em suma, os antecedentes se revelam como o 'filme' de tudo o que ele fez ou deixou de fazer antes de envolver-se com o ilícito penal, desde que contidos em sua folha de antecedentes. Todos os demais fatores relacionados à sua vida pretérita, que não os indicados na folha de antecedentes, devem ser analisados no âmbito da conduta social, também circunstância judicial prevista no art. 59, *caput*, do CP. (MASSON, Cléber. *Código Penal Comentado*. 3ª Ed. ver., atual. e ampl., São Paulo: Método, 2015).

Em casos semelhantes, assim entendeu o Supremo Tribunal Federal:

> *Habeas corpus*. Injustificada exacerbação da pena com base na mera existência de inquéritos ou de processos penais ainda em curso. Ausência de condenação penal irrecorrível. Princípio constitucional da não culpabilidade (cf, art. 5º, lvii). Pedido deferido, em parte. - O princípio constitucional da não culpabilidade, inscrito no art. 5º, LVII, da Carta Política não permite que se formule, contra o réu, juízo negativo de maus antecedentes, fundado na mera instauração de inquéritos policiais em andamento, ou na existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso, revelando-se arbitrária a exacerbação da pena, quando apoiada em situações processuais indefinidas, pois somente títulos penais condenatórios, revestidos da autoridade da coisa julgada, podem legitimar tratamento jurídico desfavorável ao sentenciado. Doutrina. Precedentes. (STF, HC nº 79966/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., 2.ª Turma, j. em 13/6/2000; in *DJu* de 29/8/2003, p. 34).

> Habeas Corpus. - Homicídio qualificado, art. 121, § 2º, IV, CP. - Dosimetria da pena. - Fixação da pena-base. [...] - Caracteriza bis in idem valorar negativamente as circunstâncias do crime quando já configuram qualificadora, as consequências delitivas quando elemento do próprio tipo penal, como é a morte para o homicídio e a conduta social usando dos antecedentes do sentenciado, visto que já utilizados para aumentar a pena sob outra rubrica. - Constrangimento ilegal reconhecido, ordem concedida. (HC nº 121758, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe de 2/2/2015).

> Recurso ordinário em *habeas corpus*. Furto qualificado. Dosimetria da pena. Circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Existência de condenações anteriores com trânsito em julgado. Fundamento para desvalorar os maus antecedentes e a conduta social. Motivação inadequada. - A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59, do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios. Doutrina e jurisprudência. - Assim, revela-se inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria. -

> Recurso ordinário em habeas corpus provido. (RHC nº 130132, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, j. em 10/5/2016, Processo Eletrônico *DJe*-106 divulgado em 23/5/2016 p. em 24/5/2016).

No que tange ao Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* de nº 130132, cuja ementa se encontra acima transcrita, impõe asseverar que os Ministros Teori Zavaski e Carmem Lúcia, quando do julgamento do recurso, ponderaram que antes da reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, a análise dos antecedentes abrangia todo o passado do indivíduo, incluindo, além dos registros criminais, seu comportamento em sociedade.

No entanto, após a aprovação da Lei nº 7.209/84, a conduta social passou a ter configuração própria, ou seja, introduziu-se um vetor apartado com o fito de avaliar o comportamento do condenado no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos que não pode ser confundido com os seus antecedentes criminais.

Logo, a circunstância judicial da conduta social do inculpado não pode ser tida como desfavorável.

Desta feita, na primeira fase, inexistindo qualquer circunstância judicial desabonadora ao réu, reduzo a pena-base para o mínimo legal, ou seja, para o patamar de 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Na segunda fase, revela-se presente a circunstância agravante da reincidência (art. 61, inc. I, do CP), porque, conforme visto alhures, a Certidão de Antecedentes Criminais acostada às f. 73/74 demonstra que o acusado ostenta contra si uma Sentença Penal condenatória com trânsito em julgado anterior ao fato narrado na denúncia (autos nº 0054004-11.2011.8.13.0439). Por outro lado, milita em favor do réu a atenuante da confissão espontânea de autoria (art. 65, inc. III, *d*, do CP), já que o apelante, sempre que ouvido, admitiu a prática delitiva, e suas declarações foram amplamente utilizadas na formação da culpa.

Dessa forma, por serem equivalentes e preponderantes, promovo a compensação entre as supracitadas circunstâncias, já que ambas dizem respeito à personalidade do réu, motivo pelo qual a reprimenda do acusado permanece inalterada em2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Na terceira fase, à míngua de causas de aumento ou de diminuição, a reprimenda se concretiza, definitivamente, no patamar de 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

III - Do regime prisional

Quanto ao regime prisional, este deve permanecer o semiaberto, conforme estabelecido pela MMª. Juíza Sentenciante.

A Certidão de Antecedentes Criminais de f. 73/74 demonstra que o acusado é reincidente, porque ostenta contra si o registro de Sentença Penal condenatória (relativa a fato antecedente) com anotação de "trânsito em julgado" anterior ao crime versado nestes autos.

Portanto, considerando o quantum da reprimenda aplicada, bem assim a condição de reincidente do réu, torna-se imperiosa a manutenção do regime prisional semiaberto, por força do que determina o art. 33, § 2º, alínea *b*, e § 3º, do Código Penal.

IV - Da substituição da pena.

Muito embora a reprimenda corporal tenha sido concretizada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, verifica-se que o acusado, como dito alhures, possui anotação desabonadora em sua Certidão de Antecedentes Criminais (f. 73/74), sendo, pois, reincidente.

A toda evidência, a referida circunstância fática revela não ser socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto a concessão do supracitado benefício, na espécie, poderia resultar em indesejável sentimento de impunidade, além de obstaculizar o efeito preventivo típico da sanção criminal.

Nesse sentido, confira-se o disposto no art. 44, inc. III, do Código Penal:

> Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
>
> I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou 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;
>
> III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Ainda, importante registrar que não se revela possível promover, nestes autos, a suspensão condicional do cumprimento da pena (art. 77, do Código Penal), em razão dos antecedentes criminais do réu também não recomendarem a concessão do benefício, nos termos do que determina o art. 77, inc. II, do Estatuto Repressivo, *in verbis*:

> Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:
>
> I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;
>
> II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;
>
> III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

Nesse contexto, impossível substituir a pena privativa de liberdade por outras restritivas de direitos, porque ausentes os requisitos do art. 44, do Código Penal, não sendo viável, ainda, a suspensão condicional do cumprimento da pena, por não restarem atendidos todos os requisitos do art. 77, do Código Penal.

V - Da execução da pena.

Em consonância com a recente orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, firmada no julgamento do *Habeas Corpus* de nº 126.292/SP, ocorrido em 17 de fevereiro de 2016; no julgamento das liminares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) de nº 43 e 44, ocorrido em

5 de outubro de 2016; e na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 964.246, que teve repercussão geral reconhecida em 11 de novembro de 2016, expeçam-se o competente Mandado de Prisão e a Guia de Execução respectiva, para o imediato cumprimento da pena.

O prazo de validade do Mandado de Prisão será de 4 (quatro) anos, nos termos do art. 289-*A*, § 6º, do Código de Processo Penal; art. 3º, inc. XII, da Resolução 137/2011 do Conselho Nacional de Justiça e art. 109, inc. *V*, do Código Penal.

VI - Do dispositivo.

Pelo exposto, e por tudo mais que dos autos consta:

NEGO PROVIMENTO AO RECURSO E, DE OFÍCIO, reduzo a reprimenda aplicada ao apelante J.L.S., em virtude da prática do delito previsto no art. 14, da Lei nº 10.826/03, para o patamar de 2 (dois) anos de reclusão, em regime semiaberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, nos termos delineados alhures; determino o imediato cumprimento da pena pelo réu, com a incontinenti expedição do mandado de prisão e da guia de execução.

Custas na forma da Sentença (f. 89).

É como voto.

DES. FURTADO DE MENDONÇA - REVISOR - Com a devida venia, ouso divergir parcialmente. Isto porque entendo que a expedição de Mandado de Prisão (no d. Juízo *a quo*) e de guia de execução, nos termos da recente decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal, prolatada nos autos do HC nº 126.292/SP, somente deverá ocorrer com o esgotamento de eventuais recursos nesta instância - Embargos Declaratórios e Infringentes.

DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES - De acordo com o Revisor.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO E, DE OFÍCIO, REDUZIRAM A REPRIMENDA, VENCIDO O RELATOR QUANTO AO MOMENTO DE INÍCIO DA EXECUÇÃO DA REPRIMENDA.

• • •

Embargos infringentes. Reeducando em regime semiaberto. Prisão domiciliar. Possibilidade. Súmula vinculante nº 56 do STF

- Em observância à Súmula Vinculante nº 56 do STF, admite-se a prisão domiciliar ao reeducando em cumprimento de pena no regime semiaberto, desde que observados os parâmetros fixados no RE nº 641.320/RS.

V.v.: A superlotação dos presídios não é motivo suficiente para a concessão do benefício da prisão domiciliar, a qual somente poderá ser admitida quando configuradas as hipóteses previstas no art. 117, da Lei de Execuções Penais.

EMB. INFRING. E DE NULIDADE Nº 1.0693.13.009205-1/002 - Comarca de Três Corações/MG - Embargante: J.F.P. - Embargado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª DENISE PINHO DA COSTA VAL.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em ACOLHER OS EMBARGOS INFRINGENTES, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES PRIMEIRO E SEGUNDO VOGAIS.

Belo Horizonte, 28 de maio de 2019. - *Denise Pinho da Costa Val* - relatora.

Voto

DES.ª DENISE PINHO DA COSTA VAL - Trata-se de embargos infringentes opostos por J.F.P., visando resgatar o voto minoritário proferido no v. acórdão de f. 33/38v., pela eminente Des.ª Márcia Milanez, que negou provimento ao recurso ministerial, mantendo incólume a decisão agravada, a qual concedeu ao reeducando a prisão domiciliar, diante da ausência de estabelecimento prisional adequado ao cumprimento da pena no regime semiaberto.

Nas razões de f. 42/45, o embargante sustenta que o voto vencido deve prevalecer, reportando-se à fundamentação ali exposta.

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se, em parecer da lavra do em. Procurador Dr. Arnaldo Alves Soares, pelo conhecimento e não provimento dos embargos (f. 52).

É o breve relatório.

Conheço dos embargos, por estarem presentes seus pressupostos de admissibilidade.

A divergência instaurada quando do julgamento do agravo em execução diz respeito à possibilidade ou não da concessão da prisão domiciliar ao reeducando sentenciado ao cumprimento de pena em regime semiaberto, quando ausente estabelecimento prisional adequado.

Registro que me posicionava no sentido de que não seria possível a concessão do benefício da prisão domiciliar ao condenado em cumprimento de pena no regime semiaberto.

Contudo, após a publicação da Súmula Vinculante nº 56 do STF, em 8/8/2016, segundo a qual a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, revi meu entendimento, passando a analisar cada caso concreto a fim de verificar a possibilidade do reeducando em regime semiaberto cumprir sua pena em prisão domiciliar.

Dispõe a Súmula Vinculante nº 56 do STF que:

"A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE nº 641.320/RS."

Ademais, extrai-se do recurso extraordinário nº 641.320/RS, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

> Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. - Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. - Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como 'colônia agrícola, industrial' (regime semiaberto) ou 'casa de albergado ou estabelecimento adequado' (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas *b* e *c*). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. - Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. - Apelo ao legislador. A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas - pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão-de-obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional. - Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; (iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; (iv) relatório deverá avaliar (a)

> a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do FUNPEN; (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal. - Estabelecimento de interpretação conforme a Constituição para (a) excluir qualquer interpretação que permita o contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado pela Lei Complementar nº 79/94; b) estabelecer que a utilização de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para financiar centrais de monitoração eletrônica e penas alternativas é compatível com a interpretação do art. 3º da Lei Complementar nº 79/94. - Caso concreto: o Tribunal de Justiça reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime semiaberto e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar, até que disponibilizada vaga. Recurso extraordinário provido em parte, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, sejam observados (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto. (RE nº 641320, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 11/5/2016, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito *DJe*-159 divulgado em 29/7/2016, p. em1/8/2016)..

No caso em tela, o sentenciado foi beneficiado com a prisão domiciliar, pois na comarca em que ele se encontra recolhido não há estabelecimento adequado para o cumprimento da pena em regime semiaberto, sendo certo, ainda, que o presídio local encontra-se superlotado.

Merece transcrição a decisão da lavra do MM. Juiz Tarcísio Moreira de Souza:

> [...]
>
> Ante o exposto, defiro o requerimento do(a) reeducando(a), concedendo-lhe a progressão no regime de cumprimento da pena, passando doravante a cumpri-lo no regime semiaberto.
>
> O recuperando (a) irá cumprir pena privativa de liberdade em regime semiaberto na Penitenciária Regional de Três Corações, contudo é natural da cidade de Poços de Caldas/MG e sua execução penal aportou nesta comarca oriunda da comarca de Poços de Caldas/MG.
>
> [...]
>
> Assim, tem-se que na unidade prisional desta comarca - penitenciária - é destinada a presos em regime fechado. Não há colônia agrícola ou industrial na comarca. Outrossim, encontra-se com pública e notória superlotação carcerária. No regime semiaberto, conforme art. 37 e 91, da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), é modalidade prisional em que o(a) recuperando(a) deve estar recolhido(a) em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e se dedicar ao trabalho durante o período diurno. Com efeito, na ausência de vagas para o trabalho intramuros, é possível o deferimento de trabalho externo, devendo haver, porém, o compromisso do recolhimento noturno e nos dias de folga. Todavia, ante a dificuldade do(a) recuperando(a) em se inserir no mercado de trabalho e cumprir a condição imposta para o trabalho externo, ele(a) permanece submetido(a) a regime mais gravoso, pois recolhido(a) diuturnamente na unidade prisional, situação não mais tolerável. Vale frisar que tanto o(a) reeducando(a) em epígrafe quanto o processo criminal de sua condenação não são originários dessa comarca, ele(a) não possui vínculos familiares e sociais nesta localidade, logo é muito difícil e sequer é aconselhável que se desenvolva o trabalho extramuros aqui longe dos seus.

Conforme bem observado pelo eminente Ministro Gilmar Mendes no recente julgamento do RE n.º 641.320/RS:

> Atualmente, conforme o entendimento do Juízo da execução penal, há duas alternativas de tratamento do sentenciado que progride de regime, não havendo vagas suficientes: ou é mantido no regime mais gravoso ao que teria direito (fechado), ou é colocado em regime menos gravoso (prisão domiciliar).
>
> Tenho que já não nos basta apenas afirmar o direito ao regime previsto na lei ou ao regime domiciliar.
>
> Por um lado, é imprescindível cobrar dos poderes públicos soluções definitivas para a falta de vagas, seja pela melhoria da administração das vagas existentes, seja pelo aumento do número de vagas. Sobre isso, tratarei na próxima parte do meu voto. Não há, no entanto, solução imediata possível. Assim, temos que verificar o que fazer com os sentenciados se a situação de falta de vagas está configurada. A prisão domiciliar é uma alternativa de difícil fiscalização e, isolada, de pouca eficácia. Não descarto sua utilização, até que sejam estruturadas outras medidas, como as que serão propostas neste voto. No entanto, é preciso avançar em propostas de medidas que, muito embora não sejam gravosas como o encarceramento, não estejam tão aquém do 'necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime' (art. 59 do CP)

O referido julgamento é a gênese da Súmula Vinculante n.º 56, editada pelo STF:

"A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE nº 641.320/RS."

Ao prover parcialmente citado Recurso Extraordinário nº 641.320, o Plenário fixou a tese nos seguintes critérios para nortear o juiz em futuras decisões, como orienta a súmula:

> a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso;
>
> b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos para definir se eles são adequados aos regimes semiaberto e aberto. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como "colônia agrícola, industrial" (regime semiaberto) ou "casa de albergado ou estabelecimento adequado" (regime aberto) (art. 33, § 1º, *b* e *c*);
>
> c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

A pedra angular é afastar o excesso da execução - manutenção do preso em regime mais severo - e desenvolver soluções que minimizem a insuficiência da execução.

Dessa forma, o(a) recuperando(a) deve permanecer em prisão domiciliar (regime aberto-domiciliar) até que surja vaga em estabelecimento prisional para regime semiaberto ou consiga trabalho externo, ou a critério do Juízo da Execução Penal de seu domicílio.

Friso que no caso de reeducandos com domicílio e vínculos nesta comarca é possível oferecer-lhes no regime semiaberto oportunidade de trabalho externo, estudo e pernoite na unidade prisional.

Ex positis, obediente ao disposto na Constituição da República e na súmula vinculante, notadamente com relação ao princípio da dignidade humana, em respeito a congruência da coisa julgada, norteadores da LEP e da Lei Estadual nº 11.404/1994, reintegração, ressocialização, entre outros princípios, mantenha-se

o(a) reeducando(a) no regime semiaberto, contudo, sob as regras do semiaberto-domiciliar, sob as seguintes condições:

> 1. manter endereço atualizado junto à secretaria da VEP;
>
> 2. demonstrar a este juízo, no prazo de 30 dias, que efetivamente se encontra empregado, com cópia da carta de emprego ou CTPS, ou justificar fundamentadamente a impossibilidade;
>
> 3. recolher-se em seu domicílio a contar das 20h, dali somente se ausentando a partir das 06:00 horas da manhã seguinte, permanecendo no domicílio aos domingos e
>
> feriados;
>
> 4. sujeitar-se à fiscalização por parte da Polícia Militar e Agentes Penitenciários, em visita domiciliar;
>
> 5. matricular-se em escola, com o fito de terminar os estudos, trazendo primeiramente o comprovante de matrícula e, a cada três meses folha de frequência, ou justificar a impossibilidade de fazê-lo;
>
> 6. não se envolver, em qualquer hipótese, em ilícito penal, muito menos frequentar bares, boates ou lugares criminógenos;
>
> 7. comparecer em até 30 dias no juízo da execução penal de seu domicílio para informar seu endereço atualizado.
>
> [...]

Ora, se o presídio em que o agravado se encontra recolhido não atende aos parâmetros trazidos no RE nº 641.320, cabível é a concessão da prisão domiciliar.

Verifica-se, assim, que a decisão de f. 3/4v., observou os termos da Súmula Vinculante nº 56, não merecendo qualquer reparo.

Em face do exposto, ara resgatar o voto minoritário, proferido pela em. Desa. Márcia Milanez, que negou provimento ao recurso do Ministério Público, mantendo o reeducando em prisão domiciliar.

É como voto.

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - Ouso divergir da em Des.ª Rel.ª, para manter o entendimento adotado quando do julgamento do Agravo em Execução Penal respectivo, razão pela qual REJEITO OS EMBARGOS INFRINGENTES.

Data venia, é como voto.

DES. FURTADO DE MENDONÇA - Rejeito os Embargos Infringentes, nos termos do voto proferido quando do julgamento do Agravo em Execução.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES MÁRCIA MILANEZ (REVISORA) E JAUBERT CARNEIRO JAQUES.

*Súmul*a - ACOLHERAM OS EMBARGOS INFRINGENTES, VENCIDOS OS DESEMBAGADORES PRIMEIRO E SEGUNDO VOGAIS.

Apelação criminal. Lesão corporal qualificada. Queimaduras graves no corpo. Cárcere privado. Provas suficientes de autoria e materialidade. Embriaguez voluntária que não exclui o dolo da conduta. Concorrência. De qualificadoras. Utilização como agravante genérica ou circunstâncias judiciais. Condenação mantida

- Não há que se falar em absolvição do agente pela prática do crime de lesão corporal qualificada, quando a palavra da vítima é corroborada pelas outras provas e circunstâncias que foram produzidas nos autos, demonstrada a materialidade e a autoria atribuída à conduta do acusado.

- A embriaguez voluntária não é causa excludente de responsabilidade pela prática do delito capitulado no art. 147 do CP, uma vez que nas circunstâncias demonstradas era o agente capaz de causar mal injusto e grave à vítima.

- Na hipótese de concorrência de qualificadoras num mesmo tipo penal, uma delas deve ser utilizada para qualificar o crime e as demais devem ser consideradas como circunstâncias agravantes genéricas, se cabíveis, ou, residualmente, como circunstâncias judiciais.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0479.13.009583-5/001 - Comarca de Passos - 1º Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 2º Apelante: A.R.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, A.R.M. - Relator: DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E NEGAR PROVIMENTO À SEGUNDA.

Belo Horizonte, 27 de março de 2019 - *Fernando Caldeira Brant* - Relator.

Voto

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Trata-se de recurso de apelação interposto por Ministério Público do Estado de Minas Gerais (primeiro recorrente) e A.R.M. (segundo recorrente) contra a r. sentença que, nos autos da ação penal pública ajuizada, julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva do Estado para submeter o acusado à pena do art. 129, § 1º, I, II e III, 9º e 10 c/c art. 61, II, *d*, e art. 65, III, *d*, e art. 148, § 1º, I, na forma do art. 69, todos do CP.

Ao acusado foi imposta a pena de 4 anos e 1 mês de reclusão, em regime semiaberto.

Em sede de apelação, o Ministério Público apresentou suas razões às f. 326/329, relatando todo o ocorrido e afirmando que o juízo *a quo*, ao fixar a pena base no mínimo legal, o fez em desacordo com a jurisprudência pacífica dos tribunais. Diante da existência de mais de uma circunstância qualificadora, uma delas deve

ser utilizada para a configuração do tipo qualificado e as outras devem ser utilizadas como circunstância agravante, se prevista no ordenamento jurídico como tal, ou como circunstância judicial desfavorável para exasperação da pena-base. Após transcrever jurisprudências, o apelante pleiteia a reforma da sentença para que uma circunstância qualificadora seja utilizada para a configuração do tipo qualificado e as outras duas sejam utilizadas como circunstâncias judiciais desfavoráveis para a fixação da pena base.

Contrarrazões às f. 336/340.

Apelação com razões às f. 343/354, apresentada pelo acusado A.R.M., discorrendo sobre os fatos e, em preliminar, apontando a excludente de culpabilidade de alcoolismo, afirmando que foi demonstrado nos autos que o réu estava alcoolizado no momento dos fatos e, tendo em vista que estava com a capacidade psicológica afetada, deve ser absolvido. Em seguida, o apelante afirma que não devem prevalecer as causas de aumento de pena previstas no art. 129, § 9º e 10 do CP, uma vez que o réu não mantinha relação doméstica com a vítima. Quanto ao crime de cárcere privado, constante do art. 148, I do CP, o recorrente afirma que o cárcere privado não se configurou, uma vez que a vítima estava do lado de fora da residência transitando livremente, tendo ela mesmo admitido que o local dos fatos é de fácil acesso. Ao final, o recorrente pleiteia o provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 355/363.

Instada a se manifestar a douta Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 367/369 opinou pelo provimento do recurso ministerial e improvimento do recurso defensivo.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

Consta da denúncia que, no mês de maio de 2013, na Rua G.J., Bairro D.I., em P., o denunciado A.R.M., com emprego de fogo, ofendeu a integridade corporal de A.S., bem como, por três vezes, em dias alternados, praticou vias de fato na mesma vítima, além de ameaçá-la por palavras, de causas mal injusto e grave.

Conforme foi relatado na denúncia, o réu discutiu com a vítima na primeira quinzena do mês de maio de 2013, jogou álcool no corpo dela e ateou fogo. A. conseguiu sair do local com o corpo e roupas em chamas e entrou embaixo do chuveiro, conseguindo apagar o fogo.

Mas, a conduta do acusado gerou na vítima queimadura de segundo grau na face e no pescoço, curativo em braço e antebraço e ombro direito, curativo no abdômen e queimaduras de 2º e 3º graus em abdômen superior e inferior, sendo ela submetida a cirurgia.

Nos dias seguintes, conforme relatado na denúncia, a vítima foi agredida pelo réu por três vezes, em dias alternados, com socos no rosto e nas costas, bem como ameaçada de morte.

O réu foi apontado como incurso nas sanções dos art. 29, *caput*, 61, II, *d*, 147, todos do CP, além do art. 21 da LCP (por três vezes).

Pois bem.

Quanto ao crime de lesão corporal, os recorrentes se insurgem contra a sentença, questionando apenas aspectos da pena, além de afirmar o acusado que o alcoolismo deve ser utilizado em seu favor como excludente de culpabilidade.

Contudo, ao contrário do que defendido pelo recorrente, conforme todo o conjunto probatório anexado nos autos, não se faz possível afastar a culpa em razão da embriaguez, visto que não há comprovação cabal de que assim se encontrava o réu no momento dos fatos e mais, que a referida embriaguez era suficiente a afastar sua consciência em relação aos atos praticados.

A despeito de testemunhas ouvidas em juízo afirmarem que o réu tinha o hábito de ingerir bebida alcoólica, tendo ele próprio e a vítima afirmado que no dia dos fatos ele havia feito o uso (f. 144 e 134, respectivamente), as provas dos autos demonstram-se consistentes, harmônicas e suficientes a conduzir em conclusão da realização da conduta típica perpetrada pelo réu, estando presentes em sua conduta, todos os elementos do tipo penal, na medida em que agindo com vontade, ateou fogo na vítima.

De outro norte, destaca-se que a embriaguez só tem o condão de excluir a culpabilidade do réu nos casos em que se trata de embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, nos termos do art. 28, § 1º, do Código Penal, o que não se constata da análise dos autos.

Dessa forma, não há como ser acolhida a pretensão do réu no sentido de que o estado de embriaguez em que ele se encontrava exclui o dolo do crime de lesão corporal, visto que a embriaguez voluntária não exclui o dolo da conduta. Neste sentido, é a jurisprudência:

> Apelação criminal. Lesão corporal e ameaça. Âmbito doméstico e familiar. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade evidenciadas. Embriaguez voluntária, que não isenta o agente da responsabilidade penal. Condenação mantida. Recurso desprovido. - A embriaguez voluntária não é causa excludente da responsabilidade pela prática do delito. - Recurso improvido (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0153.12.010396-2/001, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. Doorgal Andrada, *DJ* de 2/9/2015).

Não se fazendo possível afastar a condenação imposta ao acusado, deve ser destacado ainda que as provas orais contidas nos autos são contundentes e fundamentam com suficiência a ocorrência dos delitos indicados na denúncia.

Quanto à relação doméstica mantida entre o acusado e a vítima, também não merece prosperar a alegação do réu de que não mantinha relação conjugal, mas apenas de afeto com A.

A vítima A.S. relatou aos policiais, quando da lavratura do boletim de ocorrência, que o acusado era seu amásio (f. 16), declarando o mesmo quando ouvida pela autoridade policial (f. 21) e confirmando, em juízo, que residia com o denunciado (f. 135).

O policial militar A.R., ao ser ouvido em juízo (f. 137), confirmou que a vítima, quando da ocorrência dos fatos, havia lhe relatado que o réu era amásio dela.

Já a testemunha M.M.S., a despeito de afirmar não saber qual era o relacionamento da vítima com o acusado, disse que "sempre via ele e a vítima andando junto pra riba e pra baixo" (f. 139) e a testemunha D.A.N. (f. 140), quem trabalhava com o réu, apesar de afirmar que não conhecia a A., amásia dele, confirmou acreditar que fazia uns meses que a vítima estava morando com o denunciado.

Dessa maneira, não havendo dúvidas quanto à relação doméstica existente entre agressor e vítima na época dos fatos, não se faz possível afastar as hipóteses legais do art. 129, §§ 9º e 10 do CP.

No que se refere às qualificadoras constantes do art. 129, § 1º, I, II e III do CP, pretende a acusação que seja uma delas utilizada para qualificar o crime e as demais consideradas como circunstâncias judiciais desfavoráveis para a fixação da pena.

Assiste razão ao Ministério Público neste aspecto.

Na segunda fase da fixação da pena, comungo do entendimento de que, quando do concurso de duas ou mais qualificadoras, a primeira deve ser considerada para qualificar o crime, ao passo que as demais devem ser analisadas na segunda fase da aplicação da pena, desde que previstas no rol do art. 61 do CP. Caso não estejam neste rol, passam a ser analisadas como circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

Assim, estando presentes na hipótese três qualificadoras, tendo a do inciso I (incapacidade para ocupações habituais por mais de 30 dias) sido utilizada para qualificar o crime, as previstas nos incisos II (perigo de vida) e III (debilidade permanente de membro, sentido ou função) do art. 129 do CP podem ser valoradas na terceira fase da fixação da pena, haja vista não estarem presentes no rol do art. 61, II do CP.

Frise-se que o art. 61 do CP é claro quando dispõe tratar de circunstâncias que sempre agravam a pena, desde que não constituam o crime, ou seja, se determinada circunstância não constitui o próprio tipo penal ou não funcionou como qualificadora, existindo sua hipótese como agravante, necessariamente deverá ser utilizada como tal e computada, portanto na segunda fase da dosimetria.

Dessa maneira, a utilização de qualificadoras quando da análise do art. 59 do CP, ou seja, na primeira fase da dosimetria da pena, apenas se dará subsidiariamente, quando não for utilizada para qualificar o crime ou não se enquadrar nas hipóteses do art. 61 do CP, como é o caso dos autos.

Assim, a pena base do acusado não poderá ser fixada no mínimo legal quando se refere ao crime do art. 129, § 1º, I, II e III do CP, sendo razoável, em razão de duas circunstâncias negativas, seja arbitrada em 1 ano e 6 meses de reclusão.

A pena intermediária fica mantida em 1 ano e 6 meses de reclusão, uma vez que a sentença promoveu a compensação da atenuante de confissão com a agravante do art. 61, II, *d* do CP.

No entanto, aplicando-se a causa de aumento de pena prevista no § 10 do art. 129 do CP à pena intermediária, se obtém uma pena final de 1 ano, 9 meses e 10 dias de reclusão em relação ao crime de lesão corporal de natureza grave.

Em relação ao crime constante do art. 148, § 1º, I do CP, a despeito de sustentar o réu que não houve efetivamente o cárcere privado, não é o que se conclui na análise dos autos.

Conforme se depreende das provas colacionadas, a vítima, mesmo após ter sofrido graves queimaduras em razão do réu ter lhe ateado fogo, permaneceu presa em casa por quatorze dias, quando conseguiu sair e buscar ajuda:

> [...] que, depois desse fato, a depoente ainda permaneceu na casa do denunciado por quatorze dias, esclarecendo que, "interado o décimo quinto dia, ele bebeu e eu fui à casa da minha mãe", local onde os familiares levaram a depoente para o pronto socorro; que perguntado as razões de não ter saído da residência do denunciado antes, respondeu que ele não deixava, "ele não deixava eu sair, nem ir na casa da minha mãe" (...); que confirma que na casa onde convivia com o denunciado, havia apenas uma porta, não existindo janelas; que a casa ficava bem longe do canil e não tinha como gritar por socorro,

> pois não havia residências nas imediações ; que nas ocasiões em que o denunciado lhe fazia ameaças no sentido de não acionar a polícia ou de não sair da casa, ele estava sempre alcoolizado; que perguntado por quais razões então não tinha fugido antes, já que afirmou que sua fuga se deu em um dia que o denunciado estava bastante alcoolizado, respondeu que era em razão dele deixar sempre a única porta da casa fechada com um cadeado, sendo que o dia que conseguiu fugir, ele esqueceu de colocar o cadeado da porta; que o denunciado ameaçava a depoente de matá-la caso a depoente falasse com os colegas dele sobre o acontecido. [...] (f. 134/135 - depoimento de A.S.).

Há outras testemunhas que também confirmaram que havia um portão com cadeado antes da casa do acusado (f. 141 e seguintes).

Ademais, impende ressaltar que nos crimes praticados no contexto da violência doméstica a palavra da vítima assume especial relevância, haja vista que são praticados na clandestinidade.

Neste sentido é o escólio de Guilherme de Souza Nucci, *in* Código Penal Comentado:

> [...] TJSP: Apelação. Ameaças decorrentes de relação conjugal. Lei Maria da Penha. Apelado que teria dito à esposa que a mataria, procura uma faca para tanto, vindo a ser impedido por parentes. Provas suficientes a ensejarem o édito condenatório. Palavra da vítima que, em âmbito doméstico familiar, assume especial relevância. Precedente. Eventual estado de embriaguez. Irrelevância. Inteligência do art. 28, I, do CP. Pena e regime bem fixados. Circunstâncias desabonadoras sérias, a justificarem o apenamento acima do mínimo. Recurso desprovido (Ap. 0051748-48.2011.8.26.0564, 4ª Câmara Criminal, Ivan Sartori, 9/9/2014, v.u.) (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado.* 16. ed. Editora Forense. p. 851).

Dessa forma, as provas dos autos demonstram-se consistentes, harmônicas e suficientes a conduzir à conclusão da realização da conduta típica perpetrada pelo réu, estando presentes em sua conduta, todos os elementos do tipo penal, na medida em que, agindo com vontade, agrediu fisicamente a vítima, causando-lhe gravíssima lesão corporal e mantendo-a em cárcere privado.

Portanto, não se faz possível afastar a condenação imposta ao acusado tal como pretende a defesa.

Diante de todo o exposto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO DA ACUSAÇÃO PARA REFORMAR A SENTENÇA, recalculando a pena do réu, que passa a ser de 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, em razão do aumento em 5 meses na pena imposta pelo crime de lesão corporal grave, tal como já fundamentado alhures.

NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA.

Custas na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ e FAUSTO BAWDEN DE CASTRO SILVA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E NEGARAM PROVIMENTO À SEGUNDA.

• • •

Apelação criminal. Falsificação de documento público e uso de documento falso. Carteira nacional de habilitação. Absolvição por ausência de provas. Impossibilidade. Crime impossível. Atipicidade do fato. Falsificação grosseira. Inocorrência. Ausência de dolo. Condenação mantida. Decote da agravante da reincidência. Necessidade. Condenação transitada em julgado em data posterior ao delito ora analisado. Redução da pena para aquém do mínimo legal pela incidência de atenuante. Inadmissibilidade. Súmula nº 231 do STJ. Isenção do pagamento das custas. Impossibilidade. Declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 14.939/03, pelo órgão especial do TJMG. Suspensão do pagamento na forma do art. 98, do Novo Código de Processo Civil

- Havendo prova nos autos de que o acusado praticou os delitos narrados na inicial, mister se faz a manutenção da condenação.

- Caracterizado o risco efetivo de ofensa ao bem jurídico tutelado, não há falar na espécie em crime impossível.

- A falsificação é grosseira quando incapaz de enganar o homem comum, de modo que não represente a menor possibilidade de induzir terceiros a erro, o que não é o caso.

- Tendo a sentença condenatória em desfavor do acusado transitado em julgado em data posterior ao delito ora analisado, não pode ser utilizada para configurar a agravante da reincidência, nos termos do art. 63, do CP.

- A incidência de atenuantes não pode conduzir a pena para aquém do mínimo legal, em observância aos enunciados da Súmula nº 231, do STJ, e da Súmula nº 42, deste Tribunal de Justiça.

- A Lei Estadual nº 14.939/03 foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial deste egrégio Tribunal de Justiça, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0647.08.088304-2/002, publicada em 23/10/2015, restando a matéria, atualmente, regulada pelo art. 98, do Novo Código de Processo Civil, que, de forma supletiva (art. 3º do Código de Processo Penal), passou regulá-la, diante da revogação expressa da Lei nº 1.060/50, pelo art. 1.072, do Novo Código de Processo Civil.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0231.13.023853-9/001 - Comarca de Ribeirão das Neves - Apelante: A.M.A.J. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais Relator: AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO (DESEMBARGADOR)

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, 19 de junho de 2019 - *Agostinho Gomes de Azevedo* - Relator.

Voto

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO (RELATOR) - Trata-se de RECURSO DE APELAÇÃO interposto por A.M.A.J., em face da sentença de f. 78/81, que, julgando procedente a denúncia, condenou o acusado como incurso na prática dos delitos previstos nos art. 304 e 297, na forma do art. 69, todos do Código Penal, à pena final de 4(quatro) anos de reclusão, em regime semiaberto, e 20 (vinte) dias-multa, em seu valor unitário mínimo, vedada a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Quanto aos fatos, narra a denúncia, que, no dia 7 de agosto de 2013, por volta de 16h30min, na Rua XXXXXXX XXXXXXXX, nº XXX, bairro Santa Martina, na cidade e comarca de Ribeirão das Neves, o denunciado fez uso de documento público falsificado.

Consta, ainda, que em data não determinada, na cidade e comarca de Ribeirão das Neves, o denunciado falsificou documento público verdadeiro.

Narra que, após ser abordado por policiais civis e militares, o denunciado apresentou uma CNH com dados de identificação da pessoa de A.A.C., mas, na verdade, tratava-se de documento falsificado. Relata que, no momento da abordagem, o denunciado confessou os fatos, tendo sido constatado, ainda, a existência de mandado de prisão em desfavor do denunciado.

A denúncia foi recebida em 18 de outubro de 2013 (f. 78).

A sentença foi publicada em cartório em 6 de setembro de 2017 (f. 82).

Inconformado, apelou o acusado (f. 87), requerendo nas razões recursais, de f. 89/94, a absolvição do acusado por ausência de provas ou pela atipicidade da conduta, por tratar-se de crime impossível, diante da falsificação grosseira e dos policiais militares já conhecerem o acusado. Alternativamente pugnou pela redução da pena para aquém do mínimo legal, em razão do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e a isenção do pagamento das custas processuais.

Em contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo improvimento do recurso (f. 95/99-v.).

Instada a se manifestar, a Douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (f. 103/108).

É o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Não tendo sido arguidas preliminares, nem vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

Busca a Defesa a absolvição do acusado, por ausência de provas judicializadas.

A meu ver, razão não lhe assiste.

A materialidade e a autoria dos delitos restaram incontestes nos autos, através do boletim de ocorrência, de f. 7/10, auto de apreensão, de f. 16, e laudo pericial, de f. 19 e 24, bem como pela prova oral colhida, notadamente pela confissão espontânea do acusado (f. 5 e 65).

O apelante, na DEPOL (f. 05), afirmou que, ao ser abordado por milicianos, conduzindo uma motocicleta, apresentou CNH falsa, em nome de outra pessoa, identificando-se como A.A.C. Informou que não tem habilitação e que encontrou o documento original há dois anos e fez uma montagem do documento, inserindo sua foto no local certo e depois escaneou o documento.

Em juízo (f. 65), o apelante novamente afirmou que apresentou o documento falso vez que havia uma mandado de prisão em aberto em seu desfavor.

Corroborando com a confissão do apelante, têm-se os depoimentos da testemunha F.A., policial militar, condutor da prisão em flagrante delito do acusado. Na DEPOL (f. 2), F. afirmou que o apelante se apresentou como sendo A.A.C., apresentando uma CNH falsa, mas, por ser pessoa conhecida no meio policial, foi novamente indagado, ocasião em que o acusado admitiu a falsidade do documento, tendo informado que conseguiu o documento no site do DETRAN. Em juízo (f. 63), confirmou suas declarações extrajudiciais, acrescentando que a olho nu o documento não parecia ser falso.

No mesmo sentido encontram-se os depoimentos, do também policial militar, T.F.S., tanto na DEPOL quanto em juízo (f. 4 e 64).

Com efeito, é assente na jurisprudência que a palavra firme e coerente de policiais é dotada de valor probante, prestando-se à comprovação dos fatos narrados na denúncia, sempre que isenta de qualquer suspeita, e em harmonia com conjunto probatório apresentado, conforme ocorreu *in casu*.

Vale ressaltar que os depoimentos dos policiais militares têm presunção *juris tantum* no sentido de que agem idoneamente, não estando impedidos de depor sobre atos de ofício de que tenham participado, máxime quando tais depoimentos forem prestados em juízo, sob o crivo do contraditório, e suas palavras tenham ressonância na prova coligida nos autos.

A respeito, colaciono recentes julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Penal. Processual penal. Busca e apreensão de bens. Arresto e sequestro (PET nº 6.599/BA). Pedido de devolução. Ausência de provas. Ilações policiais. Validade da testemunha policial. Agravo regimental não provido. - [...] - A afirmação do investigado à autoridade policial que o veículo lhe pertencia, não se trata de mera ilação policial desprovida de provas. Nada impede que, na ausência de testemunhas, os policiais que efetuaram a prisão funcionem como tal. - O policial é agente do Estado, responsável pela segurança pública, legalmente investido no cargo e que tem a seu favor a presunção de legalidade e legitimidade nos atos praticados, o que, longe de desqualificá-lo, torna-o idôneo. - A suspeição de qualquer testemunha deve estar baseada em fatos concretos, não se prestando para tal meras conjecturas. - Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg na APn 510/BA, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, Corte Especial, j. 29/6/2010, p. *DJe* de 19/8/2010).
>
> Processual penal. *Habeas corpus*. Tráfico ilícito de drogas. Indeferimento de oitiva de testemunhas. Matéria não analisada pelo tribunal de origem. Supressão de instância. Prova colhida na fase inquisitorial. Ratificação em juízo. Regularidade. Depoimento de policiais. Meio probatório válido. Revolvimento da matéria fático-probatória. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. - [...] - O depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo funcionar como meio probatório válido para fundamentar a condenação, mormente quando colhido em juízo, com a observância do contraditório, e em harmonia com os demais elementos de prova. - Aferir se a condenação por tráfico de drogas, fundada exclusivamente em depoimentos de policiais, é ou não nula, demanda incursão na seara fático-probatória, tarefa não condizente com

> a via eleita, angusta por excelência, mesmo porque já fixado por esta Corte a validade daquela prova testemunhal, se foi ela confirmada em juízo, sob o crivo do contraditório. (*HC* nº 8.708/RS). - Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (STJ, *HC* nº110869/SP, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 19/11/2009, p. *DJe* de 14/12/2009).

No caso dos autos, nada há a desabonar os fidedignos depoimentos prestados pelos policiais militares, sob o crivo do contraditório, não tendo a defesa do acusado apresentado provas concretas que desmereçam tais depoimentos, ônus esse que lhes incumbia.

Ressalte-se que os milicianos foram uníssonos em informar que o acusado, no momento da abordagem policial, se identificou como outra pessoa, apresentando CNH por ele falsificada.

Portanto, diante dos elementos probatórios constantes nos autos, constata-se que o apelante apresentou CNH por ele falsificada como se fosse verdadeira, afigurando-se totalmente descabido o pleito defensivo de que seria o fato atípico ou que ausência de provas judicializadas, vez que, conforme demonstrado alhures, a prova oral restou devidamente confirmada em juízo, sob o crivo do contraditório.

Importante frisar que comungo do posicionamento de que, para a caracterização dos crimes em questão não é necessário que o agente faça uso do documento, bastando, para sua configuração, o simples porte, ainda que não apresentado, pois a presunção de uso aqui se impõe.

Neste sentido, confira-se a jurisprudência:

> Na medida em que o agente traz consigo carteira falsa de que se serve para dirigir veículo, já está fazendo uso dela, pois que a porta para o fim a que serviria, se não fosse falsa. Uso que apenas se exterioriza, se evidencia e põe a claro, embora já antecipadamente caracterizado, a partir do instante em que é feita a exibição, seja por ato voluntário do agente, seja por solicitação da autoridade fiscalizadora. (TJSP - AC nº 115.061-3 - Rel Canguçu de Almeida - JTJ nº 140/278).
>
> Impõe-se a condenação do réu que confessa aquisição de carteira de motorista falsa e que estava usando quando surpreendido pelo fiscal de trânsito. (TJMG- AC nº 21.089 - Rel. Gudesteu Biber - JM nº 104/305 e RT nº 641/364).

Da mesma forma, para a configuração do delito previsto no art. 304, do Código Penal, é irrelevante que o agente tenha exibido o documento falso de forma espontânea ou a pedido da autoridade policial, porquanto, em ambos os casos, houve a efetiva utilização do documento pelo acusado.

Nesse mesmo sentido, não há falar em ocorrência de crime impossível pelo fato de que um dos milicianos conhecia o acusado do meio policial.

Ora, tal situação não tem o condão de elidir a viabilidade da consumação do crime, tanto é que o apelante efetivamente apresentou a CNH falsa e se identificou como sendo terceira pessoa, sendo certo o delito só foi descoberto pelo fato de que o acusado confessou espontaneamente os fatos, conforme se depreende da prova oral colhida.

Ora, a meu ver, não houve, *in casu*, a ineficácia absoluta do meio utilizado ou mesmo a impropriedade total do objeto sobre o qual incidiu a conduta da apelante a caracterizar a excludente da tipicidade do crime impossível, a teor do que dispõe o art. 17, do Código Penal.

Entendo, portanto, caracterizado os delitos previstos nos art. 297 e 304, ambos do Código Penal, não havendo falar em absolvição por ausência de provas ou por atipicidade da conduta.

Noutro giro, requereu, a defesa, a absolvição do apelante por tratar-se de crime impossível, vez que foi realizada falsificação grosseira.

Quanto à tese de crime impossível, sob o argumento de falsificação grosseira, melhor sorte não assiste à Defesa.

É que me posiciono no sentido de que a falsificação não é grosseira quando capaz de enganar o homem comum, não considerados os policiais militares, que são treinados para detectar falsificação.

Ora, a alegação de que o documento era nitidamente grosseiro não prospera, até porque do próprio laudo pericial (f. 19 e 24) consta que os peritos fizeram uso de lupas simples, luz UV e scanner para se atestar a falsidade da CNH.

Ademais, as testemunhas F.A. e T.F.S., policiais militares, foram uníssonos em afirmar, em juízo (f. 63 e 63), que a olho nu o documento não parecia ser falso.

Portanto, vê-se que a falsificação, à vista desarmada, não é tão grosseira como alegado pela combativa Defesa.

Sobre o tema, já decidiu este Egrégio Tribunal:

> Apelação criminal. Carteira nacional de habilitação. Falsidade do documento. Comprovação.falsificação dita grosseira. Crime impossível. Improcedência. Condenação mantida. A falsificação grosseira do documento se dá apenas quando a adulteração é perceptível a olho nu, mediante exame ocular, a ser feito pelo homem comum. A constatação do poder de iludir de que é dotado o documento falso é medido pela percepção do homem comum, não sendo exigível que isto seja função exclusiva do agente policial que procede à abordagem. (TJMG - AP n.º 1.0338.04.028134-1/001 - Rel. Des. Fernando Starling, j. em 22/1º/2008, p. em 1º/2/2008).

Veja-se, ainda:

> O crime impossível somente se caracteriza, em se tratando de falsidade documental, quando esta se mostra tão grosseira, que inviabiliza ao homem-médio a possibilidade de engano. (TJMG, AP nº 1.0512.03.013220-7/001 - Des. Alexandre Victor de Carvalho, j. em 9/9/2008).

Mantenho, portanto, a condenação do apelante como incurso nas iras dos delitos elencados nos art. 297 e 394, ambos do Código Penal, nos termos da r. sentença *primeva*.

Quanto à dosimetria das penas, tenho que merece um pequeno reparo.

É que o d. Juiz equivocadamente, reconheceu a agravante da reincidência em desfavor do acusado, contudo, analisando a CAC, de f. 67/68 e 76/77 (que se trata do mesmo documento juntado aos autos separadamente), é possível observar que o apelante não possui sentença condenatória transitada em julgado em data anterior ao delito ora analisado, mas apenas uma condenação, cujo trânsito em julgado foi posterior aos fatos em questão, não podendo, portanto, conforme se depreende do art. 63, do CP, configurar sua reincidência.

Vale dizer que tal condenação poderia ter sido usada como maus antecedentes, contudo, não tendo o d. Juiz a analisado, dessa maneira, e tratando-se de recurso exclusivo da defesa, nenhuma alteração pode ser feita quanto a este tocante para não incorrer em *reformatio in pejus*.

Passo, então, à reanalisar as penas do acusado.

- Art. 297, do CP:

Na primeira fase, nenhuma alteração há de ser feita, vez que a pena-base foi fixada no mínimo legal, isto é, em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, presente apenas a circunstância atenuante da confissão espontânea, todavia, restando a pena no mínimo legal, não há falar em redução da pena para aquém desse patamar, nos termos da Súmula nº 231, do STJ, a saber: "Súmula nº 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

No mesmo sentido, o Grupo de Câmaras Criminais deste egrégio Tribunal aprovou a Súmula nº 42: "Súmula nº 42. Nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado. (unanimidade)".

A fixação da pena no sistema brasileiro é orientada pelo disposto no tipo penal, que estabelece o mínimo e o máximo para a condenação. Não se pode, portanto, admitir que a pena cominada seja inferior ou superior a tais tetos, pois estaríamos abandonando os limites impostos pela legislação penal. Isso provocaria grande insegurança e aleatoriedade na fixação das penas, já que ficaria a cargo exclusivo da postura discricionária de cada julgador.

Certo é que, se admitíssemos a redução da pena para aquém do mínimo legal, diante da ocorrência de circunstâncias atenuantes, da mesma forma, deveríamos admitir o aumento da pena além do máximo legalmente cominado, quando presentes circunstâncias agravantes, o que feriria os princípios constitucionais da segurança jurídica e da legalidade, já que o juiz poderia fixar as penas fora dos parâmetros legalmente cominados.

Sobre o tema, vejamos a doutrina de Guilherme de Souza Nucci:

> [...] as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou em abstrato o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador [...] (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 10. ed., rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014. p.439).

O Pretório Excelso reconheceu a repercussão geral da controvérsia no RE nº 597.270/GO. Confira-se:

> Ação penal. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante, ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (STF, RE nº 597270 QO-RG/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 26/3/2009, p. *DJe* de 5/6/2009).

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição da pena, fica a pena estabelecida em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

- Art. 304, do CP:

Na primeira fase, nenhuma alteração há de ser feita, vez que a pena-base foi fixada no mínimo legal, isto é, em 2(dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, presente apenas a circunstância atenuante da confissão espontânea, todavia, pelos mesmos motivos expostos alhures, restando a pena no mínimo legal, não há falar em redução da pena para aquém desse patamar, nos termos da Súmula nº 231, do STJ.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição da pena, fica a pena estabelecida em 2(dois) anos de reclusão e 10(dez) dias-multa.

- Concurso Material de crimes:

Tendo os delitos sido praticados em concurso material, nos termos do art. 69, do CP, somo as reprimendas, restando a pena final do apelante concretizada em 4 (quatro) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, em seu valor unitário mínimo.

Tratando-se de acusado com maus antecedentes, mantenho o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, §2º, *b*, do CP.

Pelo mesmo motivo, não há falar em substituição da pena corporal por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, III, do CP.

Ressalvo apenas que, a meu ver, não há qualquer óbice que esta instância revisora, verificando que há elementos nos autos a manter o regime fixado e a negativa de substituição da pena corporal por restritivas de direitos pelo douto Magistrado a quo, a sustente, ainda que por motivação diversa.

Por fim, quanto ao pedido de isenção do pagamento das custas processuais, nos termos do art. 10, II, da Lei Estadual nº 14.939/03, tenho que o Órgão Especial deste egrégio Tribunal de Justiça declarou a inconstitucionalidade da referida Lei, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0647.08.088304-2/002, publicada em 23/10/2015.

Atualmente, a referida matéria é regulada pelo art. 98, do Novo Código de Processo Civil, que, de forma supletiva (art. 3º, do Código de Processo Penal), passou regulá-la, diante da revogação expressa da Lei nº 1.060/50, pelo art. 1.072, do Novo Código de Processo Civil.

Sendo assim, *in casu*, mantenho a suspensão do pagamento das custas processuais, na forma da r. sentença.

Mediante tais considerações, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO apenas decotar a agravante da reincidência, sem, contudo, alterar a pena final do apelante, concretizada em 4 (quatro) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, em seu valor unitário mínimo, quanto ao mais, a r. sentença fustigada.

Custas suspensas, na forma da r. sentença (f. 81).

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SÁLVIO CHAVES e PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Habeas corpus. Tráfico de drogas. 1,9g (um grama e nove centigramas) de *crack*. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Decisão fundamentada. Presentes os requisitos dos art. 312, do CPP. Negativa de autoria. Matéria de mérito. Condições pessoais favoráveis. Insuficiência. Princípio da proporcionalidade. Não violação. Inconstitucionalidade art. 44, da Lei de Drogas. Não violação. Medidas cautelares diversas da prisão. Impossibilidade

- Em sede de *Habeas Corpus* não é possível a análise da conduta delituosa atribuída à paciente. Isso porque se trata de matéria de mérito, demandando análise detida, podendo repercutir no desfecho da demanda criminal, mas não sobre a conveniência de se manter a paciente presa.

- Atendido ao menos um dos pressupostos do art. 312, do CPP, qual seja a garantia da ordem pública, bem como um dos requisitos instrumentais do art. 313, do CPP, deve ser a prisão preventiva mantida, não havendo que se falar em sua revogação, ou mesmo, em substituição pelas medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, do CPP, pelo fato de estas se revelarem absolutamente insuficientes.

- A presença de condições subjetivas favoráveis à paciente não obsta a segregação cautelar quanto presentes os fundamentos para justificar sua manutenção.

- O art. 44, da Lei nº 11.343/06, não é inconstitucional, tampouco foi revogado pela Lei nº 11.464/07, em face do princípio da especialidade. Precedentes do STF e STJ.

***Habeas corpus* criminal nº 1.0000.19.043329-2/000 - Comarca de Belo Horizonte - Paciente: K.D.S. - Autoridade Coatora: Juiz de Direito da Vara de Inquéritos de Belo Horizonte - Relator: EDISON FEITAL LEITE (DESEMBARGADOR)**

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 DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 14 de maio de 2019 - *Edison Feital Leite* - Relator.

Voto

DES. EDISON FEITAL LEITE (RELATOR) - Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais em favor da paciente K.D.S., inicial de seq. nº 1, alegando constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da Vara de Inquéritos Policiais da Comarca de Belo Horizonte/MG.

Narra o presente *writ* que a paciente foi presa em flagrante delito, no dia 10/4/2019, pela suposta prática prevista no art. 33, da Lei nº 11.343/06, tendo sido sua prisão convertida em preventiva.

Inicialmente, sustenta o impetrante que a decisão que decretou a prisão preventiva da paciente não está devidamente fundamentada, bem como não estão preenchidos os requisitos do art. 312 do CPP.

Ressalta as condições favoráveis da paciente, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, residência fixa.

Pontua, ainda, para a ínfima quantidade de droga encontrada. Invoca o princípio da proporcionalidade.

Ademais, assevera para a inconstitucionalidade do art. 44, da Lei nº 11.343/06.

Por essas razões, requer o impetrante o deferimento do pedido liminar para que seja revogada a prisão da paciente. Subsidiariamente, pleiteia pela aplicação das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, do CPP.

A liminar foi indeferida, em doc. 3. Informações prestadas, em doc. 4/5.

A d. Procuradoria manifestou-se, em doc. 6, opinando pela denegação da ordem.

Em síntese, é o relatório. (f. 1)

Passo ao voto.

Narra o Auto de Prisão em Flagrante Delito, *in verbis* (doc. 5):

> [...] que durante moto patrulhamento de rotina na região dos fatos, o declarante deparou com um mulher, que identificou-se como sendo K.D.S. vendendo drogas; que K. estava entregando drogas a um indivíduo e recolhendo o dinheiro; que, ao perceber a presença policial, o indivíduo, que havia comprado a droga, saiu correndo e conseguiu evadir-se, não sendo identificado e qualificado; que K. foi abordada, e, em sua posse, foi encontrado 11 (onze) pedras de substância semelhante a *crack*, e a quantia de R$229,00 (duzentos e vinte e nove reais); que, em conversa com K., sem coação ou constrangimento, ela confirmou estar no local vendendo drogas; que, em consulta ao sistema policial, foi constatado que K. possui mandado de prisão emitido pela Vara de Tóxicos em seu desfavor; que, diante dos fatos, e relatos, foi dada voz de prisão a K., e feita a condução dela e do material até esta unidade policial; [...]

O Exame Preliminar de Drogas (doc. 5, f. 11) informa que foi encontrado com a paciente 1,9g (um grama e nove centigramas) de *crack*.

Pelas razões acima narradas, a paciente foi presa em flagrante delito no dia 6/4/2019, pela suposta prática prevista no art. 33, da Lei nº 11.343/06, tendo sido sua prisão convertida em preventiva.

Em alegação de constrangimento ilegal pelo prejuízo à liberdade da paciente, em função da ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, vem a defesa com a presente impetração, buscando a revogação da prisão e posterior soltura da aqui paciente.

Sem razão, contudo.

Da negativa de autoria.

Inicialmente, o impetrante pontua para a ínfima quantidade de droga encontrada.

Ocorre, contudo, que tal argumento se confunde com o mérito da causa, tentando a defesa rechaçar a prisão cautelar com argumentos fáticos não comprovados, ou que demandariam dilação probatória, o que foge dos estreitos limites do *writ*.

Ademais, em sede de *habeas corpus,* não é possível analisar a conduta delituosa atribuída à paciente. Isso porque se trata de matéria de mérito, demandando análise detida, podendo repercutir no desfecho da demanda criminal, mas não sobre a conveniência de se manter a paciente presa.

Nesse sentido entende o STJ:

> Recurso ordinário em *habeas corpus*, roubos de carga em concurso de pessoas, uso de arma de fogo e restrição à liberdade das vítimas. Organização criminosa armada. Indícios de autoria. Questão que demanda dilação probatória incompatível com a via eleita. Prisão preventiva devidamente justificada. Garantia da ordem pública. Periculosidade demonstrada pelo *modus operandi* da conduta. Excesso de prazo. Inocorrência. Ação penal complexa. Diversos réus (13, treze). Necessidade de expedição de cartas precatórias. Impulso regular pelo magistrado condutor do feito. Recurso desprovido. - A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal. - O *habeas corpus* não é a via adequada para sindicar sobre a ausência de provas de autoria, dada a necessidade de ampla dilação probatória, providência incompatível com o rito célere do *mandamus*, que exige prova pré-constituída do direito alegado. Precedentes. - Na hipótese, havendo prova da materialidade do delito e indícios de autoria, apoiados em ampla investigação policial e interceptações telefônicas, justifica-se a prisão preventiva para garantia da ordem pública. A gravidade concreta das condutas imputadas e o *modus operandi* revelam articulada organização voltada para a prática de ilícitos contra o patrimônio, especialmente roubos de caminhões e cargas de expressivo valor, mediante uso de arma de fogo e restrição à liberdade das vítimas. [...] (RHC nº 75.832/BA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 21/2/2017, *DJe* de 24/2/2017).

Dos requisitos da prisão preventiva e fundamentação da decisão que decretou a prisão preventiva.

Sustenta, ainda, que a decisão que decretou a prisão preventiva da paciente não está devidamente fundamentada, bem como não estão preenchidos os requisitos do art. 312, do CPP.

Sem razão, contudo.

De acordo com o art. 312, do CPP, a prisão preventiva está condicionada à presença concomitante do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. O primeiro, previsto na parte final do citado artigo, consiste na prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, o segundo, consubstanciado em um dos seguintes fundamentos: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) garantia de aplicação da lei penal; d) conveniência da instrução criminal.

Além de tais pressupostos, também é necessária a presença dos requisitos do art. 313 do CPP.

Pois bem.

Da análise detida do Termo de Audiência de Custódia, que converteu a prisão em flagrante delito da paciente em prisão preventiva, verifica-se estar corretamente fundamentada (doc. 5, f. 13/14). Vejamos:

> [...] No caso em tela, não obstante a primariedade da autuada, tem-se que consta em sua CAC, mandado de prisão em aberto desde 22/3/2019, expedido pela 3ª Vara de Tóxicos desta Capital. Além disso, verifico que a autuada esteve em audiência de custódia realizada em 11/9/2018, quando foi presa pela prática de tráfico de drogas, ocasião em que foi beneficiada com a liberdade provisória mediante medidas cautelares, inclusive, recolhimento no período noturno em albergue. Ademais, consta no APFD, que

> policiais, durante patrulhamento, visualizaram uma mulher entregando drogas para um indivíduo e em contrapartida recebeu numerário, quando perceberam a presença policial, empreenderam fuga, contudo, policiais lograram êxito em abordar apenas a mulher, sendo identificada como a autuada K. Durante buscas pessoais, policiais localizaram com a autuada K., 11 (onze) pedras de crack e a quantia de R$229,00 (duzentos e vinte e nove), o que, aliado às declarações do policial condutor, que a autuada informou realizar o tráfico de drogas no local, sedimenta o *fumus commissi deilcti*. O *periculum libertatis,* no caso em tela, decorre da reiteração criminosa da autuada. Destarte, inadequada e insuficiente a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, que se faz necessária para a garantia da ordem pública. [...]"

Com base nisto, e depois de analisar cuidadosamente os autos, tenho que a decisão do douto magistrado *a quo*, pelo decreto e mantença da segregação cautelar da paciente, revela-se acertada e está lastreada em elementos concretos, extraídos das informações e provas contidas nos autos, suficientes a demonstrar a necessidade de garantia da ordem pública, haja vista a existência de indícios de autoria e materialidade do crime de tráfico de drogas.

Os requisitos do art. 312, do CPP, estão claramente preenchidos pela paciente que, apesar da pequena quantidade de drogas, se encontrava em liberdade provisória quando da ocorrência dos fatos. Mister ressaltar, também, há um mandado de prisão em aberto expedido pelo douto Magistrado da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Belo Horizonte. O que demonstra a propensão da paciente para a prática de crimes.

Dessa forma, não há espanto no ato judicial que, por vislumbrar que a liberdade da paciente representa patente ameaça à ordem pública, entendeu por decretar sua prisão preventiva, estando a decisão em devida correspondência com o art. 312, do Código de Processo Penal.

Sobre a garantia da ordem pública, enquanto requisito para a prisão cautelar, previstos no art. 312 do CPP, leciona a doutrina especializada:

> Garantia da Ordem Pública. Para uma segunda corrente, de caráter restritivo, que empresa natureza cautelar à prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública, entende-se garantia da ordem pública como risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convício com os parceiros do crime. Acertadamente, essa corrente, que é majoritária, sustenta que a prisão preventiva poderá ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente. (LIMA, Renato Brasileiro, Manual de Processo Penal, 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. p. 896).

Garantia da ordem pública: trata-se da hipótese de interpretação mais extensa na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se, pela expressão, a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo binômio 'gravidade da infração + repercussão social'. (NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado, 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. p. 755).

Das condições pessoais favoráveis à paciente.

Ressalta as condições favoráveis da paciente, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, residência fixa.

O argumento também não merece prosperar. Ora, eventuais condições pessoais favoráveis da paciente não podem ser analisadas individualmente, sem que seja considerado todo o contexto dos autos, sob pena de se trazer prejuízos à tranquilidade social e à manutenção da ordem pública, fundamentos esses essenciais à análise da necessidade da manutenção de qualquer prisão processual.

Como se sabe, "a primariedade, os bons antecedentes e a residência e o domicílio no distrito da culpa são circunstâncias que não obstam a custódia preventiva, quando ocorrentes os motivos que legitimam a constrição do acusado" (JSTJ 2/267).

Do princípio da proporcionalidade.

Invoca ainda o princípio da proporcionalidade. Novamente, sem razão.

O impetrante aduz que, caso a paciente seja condenada, cumprirá pena em regime menos gravoso, mostra-se prematuro o pleiteado exame, não sendo possível, nesse momento, fazer ilações sobre a perspectiva de *pena in concreto*, uma vez que se trata de questão que dependerá da análise completa das diretrizes do art. 59 do Código Penal, na fase de prolação da sentença, sendo, ademais, impossível a concessão de *habeas corpus* por presunção.

Da inconstitucionalidade do art. 44, da Lei nº 11.343/06.

Assevera para a inconstitucionalidade do art. 44, da Lei nº 11.343/06.

Nesse sentido, em se tratando de matéria de mérito, a título de elucidação cabe dissertar sobre a constitucionalidade do artigo 44 da Lei de Drogas.

Pondera que a vedação contida no art. 44, da Lei nº 11.343/06, não constitui argumento idôneo para indeferir a concessão da liberdade provisória. Sem razão, contudo.

O art. 44 da Lei nº 11.343/06 diz: "Os crimes previstos nos art. 33, *caput,* e § 1° e 34 a 37, desta lei, são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos".

Dessa forma, embora a Lei nº 11.464/07 tenha dado nova redação ao artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, eliminando do seu texto a expressão liberdade provisória, entende-se que, ao agente acusado pela prática do delito de tráfico de drogas, não pode ser concedido tal benefício, em razão da vedação expressa aludida acima.

Assim, em decorrência do princípio da especialidade das leis, não há que se falar em revogação tácita do art. 44 da Lei Federal nº 11.343/06, porquanto a Lei nº 11.464/07 regula matéria geral prevista na Lei de Crimes Hediondos.

Além do mais, em matéria publicada no site do Superior Tribunal de Justiça, na data de 3/6/2011, manifestou-se a Quinta Turma em decisão de relatoria do Des. Convocado Adilson Macabu, nos seguintes termos, *ipsis litteris*:

> É vedada a concessão de liberdade provisória ao acusado de tráfico:

> O preso cautelarmente sob acusação de tráfico de drogas não tem direito a liberdade provisória. A decisão, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), afirma a especialidade da legislação antidrogas em relação à Lei de Crimes Hediondos e rejeita a suspensão dos processos no tribunal em razão da declaração de repercussão geral constitucional sobre o tema.

O desembargador convocado Adilson Macabu afirmou que a Lei Antidrogas de 2006 é especial, tanto em relação ao Código de Processo Penal quanto à Lei dos Crimes Hediondos, já que trata de apenas um crime específico: o tráfico de entorpecentes. Por isso, a proibição contida nessa Lei Especial, de 2006, não teria sido revogada com a alteração da Lei dos Crimes Hediondos realizada em 2007, vigendo, ainda, a impossibilidade de liberdade provisória ao preso por tráfico.

O relator acrescentou que, apesar de reconhecida a repercussão geral da questão, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2009, enquanto o mérito do recurso extraordinário não for julgado prevalece o entendimento consolidado na Quinta Turma do STJ. Ele também ponderou que a proibição legal já bastaria para negar o *habeas corpus*, mas, também, não se verificou, na ordem de prisão, a falta de fundamentação alegada pela Defensoria Pública. Para o desembargador convocado, a prisão é fundamentada por demonstrar em concreto a necessidade da medida para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal (*www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp. area=398&tmp.texto=102076*).

Cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, em 10 de maio de 2012, por maioria de votos, no *Habeas Corpus* de nº 104.339, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44, da Lei nº 11.343/06, que proíbe a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de entorpecentes.

Porém, cediço que, no controle difuso (incidental ou aberto), o órgão jurisdicional não declara a inconstitucionalidade da norma no dispositivo da decisão, mas tão somente afasta sua aplicação no caso concreto, com efeito *inter* partes, por considerá-la incompatível com a Constituição

Desta forma, não obstante a decisão proferida nos autos do *Habeas Corpus,* de nº 104.339, entendo que o art. 44, da Lei nº 11.343/06 é constitucional.

Das medidas cautelares diversas da prisão.

Finalmente, buscando a defesa uma melhor adequação da medida cautelar imposta à requerente, pugna pela aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP.

Ora, considerando a existência de indícios sobre o envolvimento da paciente na dinâmica delitiva narrada nestes autos, bem como por estar em gozo de liberdade provisória quando da ocorrência do fato, resta evidente que as medidas previstas no art. 319, do CPP, não são mais adequadas.

Nessa linha:

> *Habeas corpus*. Processual penal. Prisão preventiva. Tráfico de drogas. Garantia da ordem pública. Periculosidade do agente e receio de reiteração. Aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Inviável. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. - Os fundamentos utilizados revelam-se idôneos para manter a segregação cautelar do paciente, na linha de precedentes desta Corte. É que a decisão aponta de maneira concreta a necessidade de garantir a ordem pública, ante a periculosidade do agente (integrante de uma quadrilha de tráfico de drogas), e pelo fundando receio de reiteração delitiva. - As circunstâncias concretas do fato e as condições pessoais do paciente não recomendam a aplicação

> das medidas cautelares diversas da prisão preventiva, previstas no art. 319, do Código de Processo Penal . - Ordem denegada. (*HC* nº 120134 SP, 2ª Turma do STF. Rel. Min. Teori Zavascki.).

Com essas considerações, presentes os requisitos autorizadores da manutenção da medida excepcional, nos termos do art. 312 do CPP, ausente o alegado constrangimento ilegal passível de justificar a concessão do *writ*.

Diante do exposto, DENEGO A ORDEM.

Envie-se, imediatamente, cópia desta decisão para ser juntada ao respectivo processo (art. 461, do RITJMG).

Sem custas.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE

Acompanho o Relator para denegar a ordem de *habeas corpus*. Contudo, entendo, necessário ressaltar, que sigo o entendimento adotado pelo STF no *HC* nº 104.339/SP, no sentido de que a vedação legal à liberdade provisória é inconstitucional. Isso porque, o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), impõe a proibição de o Estado tratar o suspeito, o indiciado, o denunciado, ou o acusado, como se culpado fosse. Isso significa que, antes de comprovada a culpa, a privação da liberdade e de outros direitos será sempre excepcional e se justificará somente nas hipóteses legais restritas.

É por isso que a prisão provisória depende do preenchimento de rigorosos requisitos constantes nos art. 312 e 313 do CPP, afinal a prisão *ex lege* é incompatível com a regra de tratamento da presunção de inocência, requisitos devidamente demonstrados pelo culto colega no caso em julgamento.

Na espécie, a prisão preventiva está fundamentada na garantia da ordem pública, evidenciada pelo risco de reiteração delitiva. Isso porque, segundo informa o Relator, a paciente foi novamente presa em flagrante delito em 6/4/2019, depois de ter sido beneficiada com a liberdade provisória em 11/9/2018.

Sem mais, acompanho o Relator.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

Apelação criminal. Porte de substância entorpecente. Declaração de inconstitucionalidade do art. 28, da Lei nº 11.343/06. Impossibilidade. Condenação de rigor. Prescrição. Ocorrência

- Como já decidido pelo STF, não há inconstitucionalidade a ser declarada do art. 28 da Lei nº 11.343/06, diante da inexistência de lesividade, na medida em que o dispositivo tutela a saúde pública, sendo a lesividade apurada em cada caso concreto irrelevante. Devidamente comprovadas a materialidade e a autoria delitivas do delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas, a condenação é de rigor. Verificada a prescrição pelo transcurso de lapso temporal, deve ser extinta a punibilidade dos acusados. Provimento ao recurso ministerial, decretando-se, de ofício, extinta a punibilidade dos réus.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0702.15.049985-4/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: M.R.P.R., V.M.S. - Relator: DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO E DECRETAR, DE OFÍCIO, A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS RÉUS PELA PRESCRIÇÃO.

Belo Horizonte, 11 de junho de 2019 - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Voto

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata a espécie de recurso de apelação interposto pelo órgão ministerial em face da sentença de f. 241/246, que desclassificou o delito do art. 33, *caput*, para a conduta prevista no art. 28, ambos da Lei nº 11.343/06, tendo sido absolvidos quanto a este delito por ter sido incidentalmente declarada a inconstitucionalidade. Ao final, a acusada M. foi condenada como incursa nas iras do art. 12 da Lei nº 10.826/03, tendo-lhe sido impostas as penas de 1 ano, 1 mês e 10 dias de detenção, em regime semiaberto, e pagamento de 11 dias-multa.

Nas razões de f. 250/257, pleiteia o Ministério Público a condenação dos apelados como incursos nas iras do art. 28 da Lei de Drogas, asseverando, para tanto, que "até o presente momento, o porte de drogas para consumo próprio trata-se de conduta típica, válida e vigente".

Contrarrazões às f. 264/271 e f. 305/307.

Manifesta-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, à f. 309, pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Como já decidido pelo STF, não há inconstitucionalidade a ser declarada do art. 28 da Lei nº 11.343/06, diante da inexistência de lesividade, na medida em que o dispositivo tutela a saúde pública, sendo a lesividade apurada em cada caso concreto irrelevante.

> Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da Lei nº 11.343/06 - nova Lei de Drogas): natureza jurídica de crime. - 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 Lei nº 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). - Não se pode, na interpretação da Lei nº 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. (Lei nº 11.343/06, Título III, Capítulo III, art. 27/30). - Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na Lei nº 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). - Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da Lei nº 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (Lei nº 11.343, art. 30). - Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. - Questão de ordem resolvida no sentido de que a Lei nº 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C. Penal, art. 107). - Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da Lei nº 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. - Recurso extraordinário julgado prejudicado (STF - RE nº 430.105; Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Do mesmo modo, o crime descrito no art. 28, da Lei nº 11.343/06, é de perigo abstrato, pouco importando a quantidade de droga encontrada em poder dos apelados, podendo-se concluir que, para a caracterização do referido delito, a lei não estabelece a quantidade de droga, bastando que o agente a tenha em sua posse com o fim de uso próprio.

Sobre o tema, leciona o renomado autor Guilherme de Souza Nucci:

> Os delitos de tráfico e porte de entorpecentes (arts. 33 e 28 da Lei 11.343/06) consistem em punir o sujeito que traz consigo substância entorpecente, porque tal conduta quer dizer um perigo para a saúde pública. Assim, para a tipificação desses delitos, basta a acusação fazer prova do fato (estar portando a droga) prescindindo-se da prova do perigo, que é presumido. Conferir: STJ: "O crime tipificado no art. 16 da Lei de Tóxico (art. 28 da Lei 11.343/06) é de perigo abstrato contra a saúde pública, sendo desinfluente, para a sua caracterização, a quantidade de entorpecente." (RHC 8.777-SP, Rel. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, 13/9/1999, v. u., *DJ* de 14/2/2000, p. 78) (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10. ed. p. 653).

Assim, inaplicável o princípio da insignificância aos delitos previstos na Lei nº 11.343/06, por se tratar de crimes de perigo abstrato, nos quais, como já ressaltado, basta a presença da substância entorpecente para caracterização do delito, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente.

A propósito, sobre o assunto, eis a orientação jurisprudencial desta Câmara:

> Apelação criminal. Porte de substância entorpecente para consumo pessoal. Conduta lesiva à saúde pública. Crime de perigo abstrato. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Condenação mantida.

> - Com a edição da norma insculpida no art. 28 da Lei nº 11.343/06, a pouca quantidade de droga encontrada com o usuário distingue a própria natureza da infração que, agora de ínfimo potencial ofensivo, é punida com penas mais brandas. - O delito de posse de substância entorpecente para consumo pessoal, classificado como de perigo abstrato, encontra-se intimamente ligado às propriedades da droga e às consequências que seu uso reflete na sociedade, desinteressando, à sua caracterização, comprovada lesividade em cada caso concreto. - Comprovada a danosidade abstrata do crime de posse de substância entorpecente para uso próprio, não há se falar em aplicação do princípio da insignificância (TJMG - AP. 1.0084.10.000249-6/001, Rel. Des. Fortuna Grion, j. em 6/12/2011, p. em 17/5/2012).
>
> Tóxicos. Usuário. Absolvição. Princípio da insignificância. Inadmissibilidade. Comportamento socialmente reprovável. *Novatio legis in melius*. Princípio da retroatividade. Possibilidade. - Não se aplica aos delitos de tóxicos o princípio da insignificância ainda que a quantidade de droga apreendida seja ínfima, pois, além de serem crimes de perigo abstrato e presumido, o fundamento da punição reside no perigo social que a conduta representa. - Sendo a nova Lei Antidrogas mais benéfica ao réu, diante do princípio da retroatividade, deve ser aplicada aos condenados por uso de drogas. - Recurso parcialmente provido (TJMG - AP. 1.0518.04.058756-1/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, j. em 19/6/2007 e 27/7/2007).

De igual maneira, encontra-se a orientação dos Tribunais Superiores:

> *Habeas corpus*. Porte de entorpecente para uso próprio. Crime de perigo abstrato. Pequena quantidade de droga inerente à natureza do delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Tipicidade da conduta. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Constrangimento ilegal não demonstrado. Ordem denegada. - Não merece prosperar a tese sustentada pela defesa no sentido de que a pequena porção apreendida com o paciente - 2,3 g (dois gramas e três decigramas) de maconha - ensejaria a atipicidade da conduta ao afastar a ofensa à coletividade, primeiro porque o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 trata-se de crime de perigo abstrato e, além disso, a reduzida quantidade da droga é da própria natureza do crime de porte de entorpecentes para uso próprio. - Ainda no âmbito da ínfima quantidade de substâncias estupefacientes, a jurisprudência desta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de ser inviável o reconhecimento da atipicidade material da conduta também pela aplicação do princípio da insignificância no contexto dos crimes de entorpecentes. - Ordem denegada (STJ - HC 181486/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. em 13/9/2011, p. em 5/10/2011).

Noutro norte, a materialidade delitiva está comprovada pelo auto de apreensão (f. 61/61v.), laudo de constatação preliminar (f. 37) e laudo toxicológico definitivo de f. 114 e f. 115.

Por sua vez, a autoria do tráfico não restou demonstrada, sendo correta a desclassificação para o uso de drogas, aplicada na sentença.

Os acusados, em juízo, assumiram parte dos entorpecentes apreendidos, tendo V. assumido a posse de 4 pinos de cocaína, e M. assumido a posse de 1 pino de cocaína e da maconha, tendo ambos declarado que as drogas eram para consumo próprio (f. 209/210v.).

Quanto às pedras de crack, a saber, 10 porções, ambos os acusados negaram qualquer vínculo com elas, tendo sido apreendidas na residência de M., onde residem outras pessoas, inclusive outros usuários de drogas, conforme confirmou a testemunha O. à f. 208.

Verifica-se, portanto, que não há provas judicializadas que comprovem o tráfico de drogas praticado pelos apelados e, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal:

> o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Da mesma forma, a quantidade de droga apreendida, a saber, 1,00g (um grama) de cocaína e 8,10g (oito gramas e dez centigramas) de maconha (f. 114 e f. 115), também é compatível com o uso de entorpecentes, mormente considerando que os réus se declararam usuários de drogas (f. 209/210v.).

Dessa maneira, dá-se provimento ao recurso ministerial para condenar os acusados V.M.S. e M.R.P.R., qualificados nos autos, nas sanções do art. 28, da Lei nº 11.343/06, passando a lhes dosar as penas:

Quanto ao acusado V.M.S.:

Atendendo-se ao disposto no art. 59 do Código Penal, observa-se, que a culpabilidade é ínsita e própria do tipo penal. O acusado não possui antecedentes desabonadores (CAC às f. 65/65v.). A sua conduta social é inerente ao meio em que vive; nada consta contra sua personalidade. O motivo é inerente ao delito em espécie. As circunstâncias não podem ser aferidas, ante a inexistência de elementos suficientes para tanto. As consequências são inexistentes. O comportamento da vítima, no caso a sociedade, não influiu para a prática do crime em tela. A quantidade de droga arrecadada é pequena.

Em atenção às circunstâncias judiciais e com base no art. 28, II, § 3º da Lei nº 11.343/06, o réu deverá cumprir, pelo prazo de 5 (cinco) meses, prestação de serviços à comunidade, devendo ser estabelecidos pelo MM. Juiz da Vara de Execuções Criminais.

Quanto à acusada M.:

Atendendo-se ao disposto no art. 59 do Código Penal, observa-se, que a culpabilidade é ínsita e própria do tipo penal. A acusada possui antecedentes desabonadores, sendo reincidente (CAC às f. 66/67). A sua conduta social é inerente ao meio em que vive; nada consta contra sua personalidade. O motivo é inerente ao delito em espécie. As circunstâncias não podem ser aferidas, ante a inexistência de elementos suficientes para tanto. As consequências são inexistentes. O comportamento da vítima, no caso a sociedade, não influiu para a prática do crime em tela. A quantidade de droga arrecadada é pequena.

Em atenção às circunstâncias judiciais e com base no art. 28, II, § 4º da Lei nº 11.343/06, a ré deverá cumprir, pelo prazo de 10 (dez) meses, prestação de serviços à comunidade, devendo ser estabelecidos pelo MM. Juiz da Vara de Execuções Criminais.

Com essa nova condenação, prescrita se encontra a pretensão punitiva estatal.

A prescrição penal é a perda do poder de punir do Estado, causada pelo decurso do tempo fixado em lei.

Eis o ensinamento de Cézar Roberto Bitencourt:

> (...) a perda do direito de punir do Estado, pelo decurso de tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado. A prescrição constitui causa extintiva da punibilidade (art. 107, IV, 1ª figura, do CP). (BITENCOURT, Cézar Roberto. *Manual de Direito Penal*: parte geral. v. I. 6. ed. Editora Saraiva, 2000. p. 671).

A pena para o crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06 prescreve-se em 2 (dois) anos, nos termos do art. 30, da mesma Lei.

Considerando-se que entre a data da publicação da sentença condenatória, 18/2/2016 (consulta ao sítio do TJMG), até a presente data transcorreram-se mais de 2 (dois) anos, consumada está a prescrição retroativa em relação ao delito de uso de drogas, tendo em vista que durante esse decurso de tempo não sobreveio nenhuma causa suspensiva ou interruptiva da prescrição.

O magistério de Luiz Régis do Prado é no mesmo sentido:

> Assim, se entre a data da consumação do crime e a do recebimento ou da queixa, ou se entre a data do recebimento da denúncia ou queixa e a da publicação da sentença condenatória excede-se o lapso prescricional - aferido com base na pena *in concreto* - aplica-se a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa (PRADO, Luiz Régis do. *Curso de Direito Penal brasileiro*. v. 2, Ed. RT).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso ministerial para condenar os acusados nas iras do art. 28 da Lei nº 11.343/06, e, de ofício, com supedâneo no art. 30, da Lei nº 11.343/06, decreta-se a extinção da punibilidade do réu, nos termos do art. 110, § 1º e 107, IV, todos do Código Penal.

Dê-se-lhe baixa na nota de culpa, fazendo-se desaparecer toda e qualquer anotação atinente a este processo.

Custas na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores PAULO CÉZAR DIAS e FORTUNA GRION.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E DECRETARAM, DE OFÍCIO, A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS ACUSADOS, QUANTO AO CRIME DE USO DE DROGAS, PELA PRESCRIÇÃO.

• • •

Recurso em sentido estrito. Homicídio qualificado. Motivo torpe. Feminicídio. *Bis in idem*. Inocorrência. Despronúncia. Impossibilidade. Prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. Reconhecimento do privilégio. Questão diretamente ligada ao mérito da causa. Apreciação pelo tribunal do júri. Decote de qualificadoras. Inviabilidade. Revogação da prisão preventiva. Impossibilidade. Presença dos requisitos autorizadores da cautelar. Crimes conexos. Competência do conselho de sentença

- Consistindo a decisão de pronúncia um juízo preambular de admissibilidade da denúncia, basta nessa fase, a demonstração da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, restando ao Tribunal do Júri o juízo soberano sobre mérito dos delitos dolosos contra a vida.

- Verificando-se que as qualificadoras do feminicídio e do motivo torpe possuem naturezas distintas, sendo a primeira de ordem objetiva e a segunda de ordem subjetiva, não há que se falar em impossibilidade de seu reconhecimento simultâneo, afastado o *bis in idem*.

- O reconhecimento do privilégio, ao fundamento de que o acusado agiu sob violenta emoção, por ser questão diretamente ligada ao mérito da causa, deve ser reservada ao Tribunal do Júri.

- Na fase de pronúncia, o decote de qualificadoras somente é permitido nas hipóteses de serem as mesmas manifestamente improcedentes.

- Uma vez pronunciado o recorrente por crime doloso contra a vida, o exame sobre a ocorrência ou não dos delitos conexos deve ser realizada pelo Conselho de Sentença.

REC. EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0702.18.104374-7/001 - Comarca de Uberlândia - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, D.S.R. - Recorrido: D.S.R., Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO.

Belo Horizonte, 19 de junho de 2019 - *Fernando Caldeira Brant* - Relator.

Voto

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Tratam-se de recursos em sentido estrito interpostos pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais e por D.S.R. contra decisão do MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Uberlândia/MG (f. 222/224), que pronunciou o recorrente como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, IV e VI, e § 2º-A, I, todos do Código Penal, e art. 244-B, § 2º do ECA, submetendo o acusado a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Inconformado, insurge-se o Ministério Público às f. 229/239, quanto ao decote da qualificadora do motivo torpe, sustentando ser perfeitamente possível que o agente seja condenado pelas qualificadoras do motivo torpe e também pelo feminicídio, eis que a primeira é de ordem subjetiva, enquanto a segunda é de ordem objetiva, não havendo que se falar em *bis in idem*.

Por sua vez, o acusado D.S.R., recorreu às f. 257/274 requerendo a reforma da pronúncia para que o acusado aguarde o julgamento em liberdade, alegando que está preso desde 24 de outubro de 2018, sem previsão para data do julgamento. Requer também a reforma da decisão para que seja pronunciado por homicídio privilegiado, argumentando, em síntese, que agiu sob violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima. Pleiteia, ainda, o afastamento das qualificadoras do feminicídio e do recurso que tornou impossível a defesa da vítima, alegando serem manifestamente improcedentes. Por fim, requer a absolvição/impronúncia do delito previsto no art. 244-B do ECA, sob alegação de que não há nos autos nenhuma prova idônea de que o adolescente teve qualquer participação no crime ou de que o recorrente corrompeu efetivamente o menor.

Contrarrazões às f. 241/256 e f. 278/288.

Em juízo de retratação, a decisão foi mantida (f. 290).

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria-Geral de Justiça, opinou pelo desprovimento do recurso do réu e pelo provimento do recurso ministerial às f. 294/337.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Ao exame dos presentes autos e do que neles consta, verifico que o recorrente foi denunciado como incurso no art. 121, § 2º, I, IV e VI, § 2º-A, todos do Código Penal, c/c art. 5º, III, da Lei nº 11.340/06 e art. 244-B, § 2º do ECA, uma vez que, no dia 24 de outubro de 2018, no período da tarde, na Rua XXXX, nº XXXX, Bairro XXXXX, na cidade de XXXXXXX, o denunciado acima qualificado, agindo em conjunto e com unidade de desígnios com o adolescente infrator A.A.R.A., por motivo torpe, mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima e por razões de condição de sexo feminino, matou a vítima J.S.N., desferindo-lhe golpes de faca.

Segundo apurado, o denunciado e a vítima tiveram um envolvimento amoroso. No dia dos fatos, o denunciado foi até a residência da vítima, juntamente com o menor infrator A.A.R.A. No local, o denunciado entrou sem aviso, ocasião em que surpreendeu a vítima, atacando-a com diversos golpes de faca, cujos ferimentos foram a causa eficiente de sua morte.

O crime foi qualificado pelo motivo torpe - vingança, uma vez que o denunciado matou a vítima porque não aceitava o fim do relacionamento, bem como pelo fato de J. estar envolvida em outro relacionamento afetivo.

O crime foi praticado mediante o uso de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, uma vez que a vítima foi colhida de surpresa, dentro de sua residência, quando falava ao telefone.

O crime foi praticado contra mulher em razão de condição de sexo feminino, em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher.

O adolescente infrator A.A.R.A. foi corrompido pelo denunciado para com este praticar o crime de natureza hedionda, consistente em fornecer cobertura ao autor das facadas no momento da execução da vítima.

Após os fatos, os denunciados evadiram do local na motocicleta Honda Titan, placa XXX-XXXX, cor grafite.

Encerrada a instrução criminal, o i. Magistrado pronunciou o recorrente como incurso no art. 121, § 2º, IV e VI, e § 2º-A, I, todos do Código Penal, e art. 244-B, § 2º do ECA, para que seja submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Inicialmente, vale ressaltar, como por demais sabido, que a pronúncia é decisão preambular de mera admissibilidade da acusação, em que o juiz, constatando a materialidade delitiva e indícios de autoria, submete o caso a julgamento pelo Plenário do Júri. Percebe-se que não é necessária a prova incontroversa da autoria delitiva, basta que haja uma probabilidade de o acusado ter praticado o crime.

Nesta fase, vigora o princípio do *in dubio pro societate*, pois a mínima dúvida quanto aos fatos ou quanto à efetiva procedência da acusação não beneficia o acusado, mas sim a sociedade, devendo ser dirimida pelo Tribunal do Júri - juízo constitucional dos crimes dolosos contra a vida.

Nesse sentido, de forma reiterada, é o entendimento firmado pela Corte Superior:

> Agravo regimental no recurso especial. Homicídio (triplo). Condução de veículo automotor em alta velocidade (racha) e sob o efeito de álcool. Dolo eventual. Descaracterização. Competência do tribunal do júri. Restabelecimento da decisão de pronúncia. Precedentes. Inexistência de provas da conduta dolosa. Necessidade de reexame do conjunto fático-probatório. Súmula nº 7/STJ. Aplicação do art. 308, § 2º, do CTB com a redação dada pela Lei nº 12.971/2014. Questão que deve ser suscitada perante o tribunal do júri, porquanto imbricada com a tese de inexistência de dolo eventual. Retorno dos autos ao tribunal de origem. Apreciação de todas as teses defensivas. Desnecessidade. Qualificadora do perigo comum que não é manifestamente inadmissível. Agravo regimental desprovido. - A decisão de pronúncia não revela juízo de mérito, mas apenas de admissibilidade da acusação, direcionando o julgamento da causa para o Tribunal do Júri, órgão competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Para tanto, basta a demonstração da materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, conforme disciplina o art. 413 do Código de Processo Penal. Ao Juiz de origem cabe analisar apenas as dúvidas pertinentes à própria admissibilidade da acusação. As incertezas existentes sobre o mérito propriamente dito devem ser encaminhadas ao Júri, por ser este o Juiz natural da causa. É esse o contexto em que se revela o brocardo *in dubio pro societate*. - A existência de dúvida razoável acerca da ocorrência de disputa automobilística, denominada racha, em alta velocidade e após aparente ingestão de bebidas alcoólicas autoriza a prolação de decisão de pronúncia, cabendo ao Tribunal do Júri a análise, não só do contexto fático em que ocorreu o fato, mas também o exame acerca da existência de dolo ou culpa, uma vez que o deslinde da controvérsia sobre o elemento subjetivo do crime, se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, é de competência do Tribunal do Júri. Precedentes. - A incidência do art. 308, § 2º, do CTB, na redação da Lei nº 12.971/2014, que se refere ao crime de disputa automobilística não autorizada, somente é possível se comprovado que as circunstâncias demonstram que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo. Havendo, em princípio, dolo eventual, a questão somente poderá ser aferida pelo órgão competente, qual seja, o Tribunal do Júri,

> considerando a fase em que se encontra o processo, em que vige o princípio *in dubio pro societate*. - Apreciadas todas as teses suscitadas pela defesa em seu recurso em sentido estrito, é desnecessário o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*. - Em respeito ao princípio do juiz natural, somente é cabível a exclusão das qualificadoras na decisão de pronúncia quando manifestamente improcedentes, porquanto a decisão acerca da sua caracterização ou não deve ficar a cargo do Conselho de Sentença. Precedentes. - Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1320344/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. em 27/6/2017, *DJe* de 1º/8/2017).

A existência do fato delituoso, no presente caso, desponta do boletim de ocorrência (f. 25/34), certidão de óbito de f. 147, bem como do relatório de necrópsia de f. 104/121, que concluiu que a vítima veio à óbito em razão de choque hemorrágico (f. 107).

Quanto à autoria, há indícios suficientes para prolação da pronúncia, notadamente a confissão operada pelo réu em juízo.

Destarte, não há que se falar, assim, em insuficiência de provas, por ora, acerca da autoria delitiva. Ao contrário, verifica-se da prova testemunhal colhida até o momento, que há indícios suficientes da autoria pelo denunciado, a ponto de pronunciá-lo pelo delito narrado na denúncia, ficando, pois, a encargo do Conselho de Sentença decidir acerca da tese aventada pela defesa.

Inicialmente, no que se refere à irresignação ministerial quanto ao decote da qualificadora de motivo torpe, tenho que lhe assiste razão, à medida que somente é cabível a exclusão de qualificadoras quando manifestamente improcedentes e descabidas, o que não ocorre no caso em análise.

No caso dos autos, a motivação torpe do crime é indiscutível, já que o denunciado agiu por vingança, tendo matado a vítima porque não aceitava o fim do relacionamento, bem como pelo fato de J. estar envolvida em outro relacionamento amoroso, justificando o reconhecimento da qualificadora prevista no art. 121, § 2°, I, do Código Penal.

Ademais, observa-se que o homicídio da vítima foi praticado no contexto de violência doméstica contra a mulher, uma vez que foi decorrente de relação íntima do casal, fundamentando assim a qualificadora prevista no inciso VI do § 2° do art. 121 c/c inciso I do § 2°-A do art. 121, ambos do Código Penal.

No que tange ao suposto *bis in idem* quanto à cumulação de ambas as qualificadoras, razão não assiste à defesa, eis que segundo ensina Guilherme de Souza Nucci:

> Trata-se de uma qualificadora objetiva, pois se liga ao gênero da vítima: ser mulher. Não aquiescemos à ideia de ser uma qualificadora subjetiva (como o motivo torpe ou fútil) somente porque se inseriu a expressão "por razões de condição do sexo feminino". Não é essa a motivação do homicídio. O agente não mata a mulher porque ela é mulher, mas o faz por ódio, raiva, ciúme, disputa familiar, prazer, sadismo, enfim, motivos variados, que podem ser torpes ou fúteis; podem, inclusive, ser moralmente relevantes. Sendo objetiva, pode conviver com outras circunstâncias de cunho puramente subjetivo. Do contrário, seria inútil. (...) (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 742).

E, assim, tratando-se a vítima de uma mulher, incide a qualificadora prevista no § 2º, VI, do art. 121 do CP, conforme vem decidindo este egrégio Tribunal de Justiça:

> Recurso em sentido estrito. Pronúncia. Tentativa de homicídio qualificado. Decote das qualificadoras admitidas na pronúncia. Impossibilidade. Súmula nº 64, TJMG. Qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio. Compatibilidade. Naturezas diversas (...). - Não há falar em incompatibilidade entre as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, vez que a primeira possui natureza subjetiva e a segunda natureza objetiva, não configurando, portanto, *bis in idem* (RSE 1.0024.15.116840-8/001, Rel. Des. Agostinho Gomes Azevedo, *DJ.* de 4/8/2017).
>
> Homicídio tentado. Decote da qualificadora do motivo fútil. Possibilidade. Decote da qualificadora de feminicídio. Descabimento. (...). - Descabida a exclusão da qualificadora de feminicídio (de ordem objetiva) se o crime de homicídio decorreu de agressão de homem contra mulher, aparentemente em um contexto de violência doméstica e familiar. - A qualificadora só pode ser excluída quando manifestamente improcedente, sem qualquer apoio nos autos (RSE 1.0145.15.049830-4/001, Rel. Des. Doorgal Andrada, *DJ.* de 31/5/2017).
>
> Homicídio qualificado. Réu pronunciado. Qualificadora não manifestamente improcedente. Manutenção. *In dubio pro societate*. *Bis in idem* entre motivo torpe e feminicídio. Inocorrência. - As qualificadoras devem ser julgadas pelo Conselho de Sentença, salvo quando forem manifestamente improcedentes. - As qualificadoras do feminicídio (natureza objetiva) e motivo torpe (natureza subjetiva) são distintas e autônomas, sendo possível o seu reconhecimento simultâneo, afastando-se, assim, o *bis in idem* (RSE 1.0024.15.201398-3/001, Rel. Des. Alberto Deodato Neto, *DJ.* de 12/8/2016).

Dessa forma, constata-se a presença de elementos que justifiquem a procedência das qualificadoras e, mesmo que existam dúvidas, estas devem ser acolhidas não retirando do júri a possibilidade de apreciá-las.

Portanto, a decisão acerca da sua caracterização ou não deve ficar a cargo do Conselho de Sentença, conforme Súmula nº 64, deste Tribunal:

"Deve-se deixar ao Tribunal do Júri a inteireza da acusação, razão pela qual não se permite decotar qualificadoras na fase de pronúncia, salvo quando manifestamente improcedentes".

É também o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> *Habeas corpus*. Penal. Processual penal. Crime de homicídio. Perigo comum. Pronúncia. Exclusão de qualificadora descrita na inicial. Superior Tribunal de Justiça. Provimento de recurso especial para determinar sua inclusão. Decisão impugnada. Reexame de prova. Alegação de violação à Súmula nº 7 do STJ. Inocorrência. Nulidade. Inexistência. Ausência de prejuízo. Preclusão. Ordem denegada. - A jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que apenas a qualificadora manifestamente improcedente deve ser excluída da pronúncia, o que não acontece na hipótese dos autos. De todo modo, a análise da existência ou não da qualificadora do perigo comum deve ser feita pelo Tribunal do Júri, que é o juiz natural da causa. - (...). - O impetrante postula o rejulgamento dos embargos de declaração já apreciados pelo STJ, providência incabível na via eleita. Ainda que assim não fosse, a decisão já transitou em julgado, o que impede seu reexame. - (...). - (...). - Ordem denegada (HC 106902, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. em 29/03/2011, *DJe* de 3/5/2011, p. em 4/5/2011).

No mesmo sentido, ao menos neste momento processual, impossível se cogitar do reconhecimento da tese de homicídio privilegiado, já que, segundo alega a defesa, o denunciado agiu sob violenta emoção, eis que, também, é questão diretamente ligada ao mérito da causa, razão pela qual deve ser submetida ao Juízo natural dos crimes desta espécie, o Tribunal do Júri.

Em relação aos demais argumentos ventilados pela defesa, cumpre acrescentar que uma vez pronunciado o recorrente por crime doloso contra a vida, o exame sobre a ocorrência ou não dos delitos conexos deve ser realizada pelo Conselho de Sentença.

Nesse sentido, a jurisprudência:

> Recurso em sentido estrito. Crimes de homicídio qualificado, tráfico e associação para o tráfico. Preliminar. Nulidade da decisão, por ausência de fundamentação. Inocorrência. Nulidade das provas obtidas por meios ilícitos. Rejeição. Absolvição sumária quanto aos crimes conexos, face à ausência de prova da materialidade delitiva. Impossibilidade. Preliminares rejeitadas e recurso desprovido. - Eventual irregularidade no auto de prisão em flagrante não possui o condão de macular o processo judicial, vez que as provas obtidas durante a fase inquisitorial servem, primordialmente, para formar a *opinio delicti* do representante ministerial. - Verificada a presença de delito conexo em relação ao crime doloso contra a vida, a competência para apreciação e julgamento é do Tribunal do Júri (TJMG - Recurso em Sentido Estrito 1.0080.15.002005-7/001, Rel. Des. Herbert Carneiro, 4ª Câmara Criminal, j. em 18/5/2016, p. em 25/5/2016).

Por fim, em relação ao pedido da defesa de revogação da prisão preventiva de acusado, melhor sorte não lhe assiste.

O d. magistrado de origem, por meio da decisão de pronúncia (f. 222/224), entendeu pela necessidade de manutenção da segregação preventiva do recorrente, vejamos:

> Mantenho a prisão preventiva do réu, como garantia da ordem pública, tendo em vista as circunstâncias dos fatos, e para assegurar a aplicação da lei penal, eis que não comprovou residência fixa nem ocupação lícita, não se mostrando conveniente a substituição da prisão preventiva por outra medida cautelar, pois, neste caso, as diversas da prisão se afiguram insuficientes e inadequadas à prevenção, em face da gravidade dos fatos.

Com essas considerações, tenho que a manutenção da prisão preventiva do acusado é necessária por visar à garantia da ordem pública e a conveniência da instrução criminal, não havendo que se falar em revogação da prisão preventiva.

Por tais argumentos, dou provimento ao recurso ministerial para submeter a apreciação da qualificadora do motivo torpe ao Conselho de Sentença. Nego provimento ao recurso da defesa.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores DOORGAL BORGES DE ANDRADA e JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO.

• • •

Apelação criminal. Crime contra a relação de consumo. Vender mercadoria imprópria para o consumo (art. 7º, inciso IX, Lei nº 8.137/90). Insurgência ministerial. Condenação. Descabimento. Ausência de prova de autoria. Não comprovação do dolo. Absolvição mantida. Recurso não provido.

- A responsabilidade penal subjetiva, concernentemente ao crime elencado no inciso IX do art. 7º da Lei nº 8.137/90, será daquele que vender, tiver em depósito para vender ou expuser à venda mercadoria que não esteja em condições adequadas ao consumo.

- A formação da relação jurídica de direito penal substantivo é ditada pelo dolo do agente que, no papel de responsável pelo estabelecimento comercial em que é comercializada tal mercadoria, com total domínio pela atividade desenvolvida, mantém-na em estado de impropriedade ao consumo.

- No caso em análise, a função do réu na empresa, por si só, não acarreta a responsabilidade penal, sob o risco de incidir em reponsabilidade penal objetiva. Isto porque não houve a comprovação do dolo por parte do acusado, ou seja, inexiste qualquer prova de que ele tinha conhecimento de que o produto era impróprio para o consumo, razão pela qual a manutenção da absolvição é medida que se impõe.

- Recurso não provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0525.09.162368-2/002 - Comarca de Pouso Alegre - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: E.S.I. - Relator: DES. FAUSTO BAWDEN DE CASTRO SILVA (JD CONVOCADO)

Acórdão

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

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2019 - *Fausto Bawden de Castro Silva* - Relator.

Voto

DES. FAUSTO BAWDEN DE CASTRO SILVA (JD CONVOCADO) - Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face da r. sentença de f. 431/434, que julgou improcedente a exordial acusatória e absolveu E.S.I.do delito previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, com fulcro no art. 386, inciso VII, do CPP.

Em suas razões de f. 443/457, o *Parquet* requer a condenação do apelado, nos termos da denúncia, para o que afirma que há nos autos provas suficientes de autoria e materialidade. Argumenta que restou devidamente comprovado nos autos que os pães adquiridos no Hipermercado B., onde o recorrido era o responsável pelo setor da padaria, se encontravam impróprios ao consumo humano e jamais poderiam ter sido colocados à

venda; que o responsável pela vigilância sanitária do município de P.A., perante o juízo, asseverou que já havia recebido denúncia anterior a respeito de outro fato envolvendo o Hipermercado B.; que, pelo fato de o apelado ser o encarregado pelo setor que produzia os pães, "cabia-lhe tomar todos os cuidados para que o produto não fosse exposto à venda sem a devida análise das condições do local de produção, especialmente quanto à necessidade de maior controle quanto à presença de vetores e pragas urbanas, visando manter as condições sanitárias adequadas". Assim, explica que a análise da conduta do recorrido deve ser feita com base no princípio da culpabilidade ou da responsabilidade penal subjetiva e que, na situação em estudo, trabalha-se com o dolo eventual. Desse modo, defende o Órgão Ministerial que o apelado deve ser condenado na medida em que agiu com dolo eventual, ao passo que, mesmo depois de ter sido notificado pelos fiscais sanitaristas (f. 27/28), assumiu o risco de entregar produtos impróprios ao consumo humano na padaria do Hipermercado B. quando deixou de adotar as medidas necessárias para o controle de pragas e vetores, assumindo o risco de novas ocorrências no local.

Contrarrazões defensivas às f. 451/457, pugnando pela manutenção do r. *decisum*.

A seu turno, a d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, pronunciou-se no sentido do conhecimento e provimento do apelo ministerial (f. 462/463v.).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Narra a denúncia que o denunciado, na qualidade de encarregado de panificação da empresa denominada A.J. Ltda., tendo por nome fantasia "Hipermercado B.", expôs à venda e vendeu mercadoria em condições impróprias ao consumo.

Foi descrito na peça inaugural que, no dia 11 de março de 2009, por volta de 15h43min, a Sr.ª G.C.S.R. e suas filhas M. e M.L., conjuntamente com a Sr.ª E.L.P.C. e sua filha I., estiveram no Hipermercado B., localizado na Rua XXXXX, nº XXX, bairro XXXXX, na cidade de P.A./MG, ocasião em que a primeira adquiriu, entre outros produtos, 10 (dez) unidades de pão francês, conforme consta da f. 10.

Em seguida, aduz a exordial acusatória que, no momento em que referidas pessoas chegaram à residência da Sr.ª G., ela colocou os pães comprados sobre a mesa, no intuito de que fossem consumidos e, após a ingestão de alguns deles, constatou a presença de um inseto ortóptero, conhecido como "barata", incrustado na massa de um dos pães remanescentes.

Em tal conjuntura, conta a peça inaugural que G. acionou a Vigilância Sanitária do município, que, então, enviou profissionais ao aludido hipermercado, a fim de que realizassem a fiscalização necessária. Destarte, foi confeccionado o Relatório de Inspeção de f. 25/26, no qual restou asseverado pelas autoridades sanitaristas que o estabelecimento Hipermercado B. já havia sido notificado anteriormente para fazer melhorias no controle de pragas e vetores local.

Pois bem, passo à análise do recurso.

No mérito, pretende o *Parquet* a reforma da r. sentença, a fim de que o apelado E.S.I. seja condenado como incurso nas iras do art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90. Argumenta que restou devidamente comprovado nos autos que os pães adquiridos no Hipermercado B., onde o recorrido era o responsável pelo setor da padaria, se encontravam impróprios ao consumo humano e jamais poderiam ter sido colocados à venda; que o responsável pela vigilância sanitária do município de P.A., perante o juízo, asseverou que já havia recebido denúncia anterior a respeito de outro fato envolvendo o Hipermercado B.; que, pelo fato de o apelado ser o encarregado pelo setor que produzia os pães, "cabia-lhe tomar todos os cuidados para que o

produto não fosse exposto à venda sem a devida análise das condições do local de produção, especialmente quanto à necessidade de maior controle quanto à presença de vetores e pragas urbanas, visando manter as condições sanitárias adequadas". Assim, explica que a análise da conduta do recorrido deve ser feita com base no princípio da culpabilidade ou da responsabilidade penal subjetiva e que, na situação em estudo, trabalha-se com o dolo eventual. Desse modo, defende o Órgão Ministerial que o apelado deve ser condenado na medida em que agiu com dolo eventual, ao passo que, mesmo depois de ter sido notificado pelos fiscais sanitaristas (f. 27/28), assumiu o risco de entregar produtos impróprios ao consumo humano na padaria do Hipermercado B. quando deixou de adotar as medidas necessárias para o controle de pragas e vetores, assumindo o risco de novas ocorrências no local.

Contudo, após uma acurada análise dos autos, entendo que razão não assiste ao Ministério Público. Explico.

A materialidade foi comprovada pelo boletim de ocorrência de f. 7, auto de apreensão de f. 10, laudo pericial nº 0696/2009 de f. 16/17, relatório de inspeção da vigilância sanitária de f. 29/30, bem como pela prova oral colhida.

Todavia, o mesmo não se pode dizer em relação à autoria.

De início, vale dizer que, em se tratando de relações de consumo, é sabido que todos são responsáveis na linha de fornecimento, independentemente de culpa, pelo vício ou fato do produto. É o que prelecionam os art. 12 e 18 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), os quais transcrevo:

> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.
>
> Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Não obstante, no Direito Penal, para que se configure a responsabilidade, a regra é que o agente tenha praticado a conduta conforme enunciada no tipo penal.

No tipo em questão, quer dizer, aquele previsto no art. 7ª, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, o elemento subjetivo é o dolo, admitindo-se, porém, a forma culposa, nos moldes do parágrafo único do referido dispositivo legal, o que transcrevo:

> Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:
>
> (...)
>
> IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;
>
> Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

> Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

Entretanto, a denúncia imputa ao agente a conduta na forma dolosa e, nesse caso, para que o tipo penal se configure é imprescindível que o réu tivesse conhecimento de que a mercadoria estava em condições impróprias para consumo. Nesse sentido, esclarece a doutrina:

> Em qualquer dos casos, será preciso que o agente saiba que a mercadoria ou matéria-prima encontrava-se imprópria para o consumo. Assim, o fato de alguém ser proprietário ou gerente do estabelecimento comercial, industrial ou de armazenagem onde o produto improprio ao consumo foi apreendido não permite, por si só, a sua responsabilização criminal, sob pena de inadmissível punição objetiva. Há necessidade de o sujeito ativo concorrer para o fato, dolosa ou, ao menos, culposamente (DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 2014, p. 261).

O *Parquet* argumenta que estaríamos diante de uma situação de dolo eventual, hipótese em que o agente assume o risco de produzir o resultado, ou, nas palavras de Guilherme Nucci: "vontade do agente dirigida a um resultado determinado, porém vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não desejado, mas admitido" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 11 ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 211).

Primeiramente, com a máxima vênia, o tipo penal elencado no art. 7º, inciso IX da Lei nº 8.137/90 não abrange o dolo em sua modalidade indireta, mas, tão somente, na forma direta.

Em segundo lugar, imperioso dizer que o Ministério Público imputa ao réu o dolo indireto, tão somente porque afirma que ele já havia sido notificado pela Vigilância Sanitária e que deixou de adotar as medidas necessárias para o controle de pragas e vetores na padaria do supermercado B.. Entretanto, do referido relatório consta que a notificação pretérita feita pela Vigilância Sanitária foi dirigida ao estabelecimento comercial, quer dizer, ao Hipermercado B., e não ao apelado, que é apenas funcionário dele.

Transcrevo o conteúdo do Relatório de Inspeção mencionado pelo *Parquet*:

> 7 - Desenvolvimento.
>
> No dia 16 de março de 2009 estivemos no estabelecimento a fim de apurar o fato denunciado, conferimos a documentação referente à desinsetização e não encontramos nenhuma situação de risco iminente à saúde na área da panificadora, porém o estabelecimento foi orientado a observar o item 4.3.1 da RDC 216 de 15 de setembro de 2004 da ANVISA, que diz o seguinte: 'deve existir um conjunto de ações eficazes e contínuas de vetores e pragas urbanas, com o objetivo de impedir a atração, o abrigo, o acesso e/ou proliferação dos mesmos'.
>
> 8 - Conclusão.
>
> Tendo em vista que antes da denúncia em questão o estabelecimento já havia sido notificado para fazer melhorias no controle de pragas e vetores e estando esse trabalho em andamento, com o devido acompanhamento da Vigilância Sanitária, concluímos que deveremos aguardar até o término das obras solicitadas (Relatório de Inspeção de f. 29/30).

A partir da leitura do dispositivo acima colacionado, tem-se que, na data subsequente aos fatos, 16/3/2009, nada foi encontrado em desfavor da panificadora situada dentro do hipermercado, ocasião em que, inclusive, foi conferida a documentação referente à dedetização do local. O relatório apenas destacou que já

tinha notificado o estabelecimento comercial Hipermercado B. para fazer melhorias no controle de pragas e vetores, o que, aparentemente, foi feito, já que quando da fiscalização posterior (março de 2009), não houve a constatação de nenhuma irregularidade.

Destarte, quem possuía a responsabilidade de promover as melhorias no controle de pragas e vetores eram os responsáveis pela empresa (contrato social de f. 59/63) e não o réu, incumbido apenas pela padaria, não havendo que se falar em dolo eventual, conforme pleiteado pelo Órgão Ministerial.

Por sua vez, o recorrido foi veemente ao descrever as boas condições da padaria do supermercado, bem como o zelo empenhado por ele e pelos demais funcionários:

> (...) As condições de higiene da padaria eram ótimas, a Vigilância Sanitária mantinha contato frequente no local e dava orientações; a Vigilância Sanitária sempre dava orientações, mas o interrogado não se recorda de que em alguma visita na época do fato tenha sido constatada alguma irregularidade na padaria do estabelecimento; (...) todos os funcionários da padaria se uniam quando da realização de uma determinada produção; o forno no qual eram assados os pães tinham totais condições de higiene, era também vistoriado pela Vigilância Sanitária e, nessas ocasiões, por vezes, chegavam ao número de seis funcionários da Vigilância Sanitária examinando a padaria; não se recorda de que a Vigilância Sanitária tenha notificado o Hipermercado B. para que fizessem melhorias no controle de pragas e vetores (...) (Depoimento de E.S.I., em juízo, às f. 318/320)

Somado a isso, não há qualquer prova de que o apelado já trabalhava no Hipermercado na época das aludidas notificações para melhoria do controle de pragas e vetores, mesmo porque, conforme se depreende do acima narrado, ele não se lembrava de qualquer notificação contendo tal teor.

Corroborando com o narrado pelo recorrido, foi o depoimento, em juízo, de C.R.C., à época, Chefe da Vigilância Sanitária:

> (...) Confirma os termos do depoimento de f. 27/28; duas fiscais realizaram vistoria na padaria do Hipermercado B., para atender a denúncia relativa ao fato destes autos; no momento da vistoria não foram constatadas condições propícias ao surgimento de vetores e pragas e já vinha sendo feito um trabalho junto ao estabelecimento; os trabalhos que vinham sendo feitos eram decorrência de adequação às normas da Anvisa (...) (Depoimento de C.R.C., em sede judicial, às f. 251/252).

Ora, o próprio Chefe da Vigilância Sanitária deixa claro que não foram constatadas quaisquer irregularidades no local periciado, e, a meu ver, o episódio de que trata os autos, ao que parece, foi um infortúnio.

Em complementariedade, como muito bem elucidado pelo i. Juiz sentenciante:

> Eventual responsabilidade do estabelecimento empresarial pela comercialização do produto impróprio ao consumo não implica necessária e automaticamente na responsabilização penal do responsável pela unidade, sob pena de admitir-se a responsabilização penal objetiva, algo absolutamente inviável sob as regras do ordenamento jurídico em vigor.
>
> Inexiste prova segura nos autos no sentido de que o réu, pessoalmente, tenha tido responsabilidade pela venda do produto impróprio, unicamente pelo fato de ser o encarregado pela padaria.
>
> Não é viável condenar-se o encarregado da padaria do hipermercado pela venda de um produto contaminado, sem que demonstre sua ação dolosa nesse sentido e sem que lhe tenha sido imputada qualquer ação culposa.

(...)

Não há prova de que o réu tenha comercializado o produto contaminado, sabendo que assim encontrava-se.

Sem prova de que o réu tenha efetivamente praticado a condita típica, com o elemento subjetivo que lhe é inerente, qual seja, a vontade livre e consciente de comercializar bem impróprio ao consumo, a absolvição é medida que se impõe (f. 433v.).

Nesse sentido, é a jurisprudência pátria:

Apelação criminal. Crime contra as relações de consumo. Art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90. Absolvição com fundamento no art. 386, inciso V do Código de Processo Penal. Recurso ministerial pleiteando a condenação nos termos da exordial. Decreto absolutório mantido, porém por fundamento diverso - ausência de dolo comprovada pelo contexto probatório. Exposição a venda de potes de requeijão sem especificação de data de fabricação e validade alegação defensiva acerca de desconhecimento da validade dos produtos possibilidade no caso concreto conjunto probatório que não permite aferir o dolo necessário à condenação. Absolvição por ausência de dolo configurada. Recurso não provido (TJSP - Apelação Criminal nº 0016342-06.2011.8.26.0001, Des. Rel. Silmar Fernandes, 3ª Câmara Criminal Extraordinária, j. em 17/2/2016).

Apelação. Art. 7º, IX, da Lei nº 8.176/91. Crime contra as relações de consumo. Absolvição. Laudo pericial atesta ser o produto impróprio ao consumo. Ausência de prova da autoria. Os réus não atuaram diretamente no envasamento do produto e não praticaram a conduta típica descrita na denúncia, de vender o produto que sabiam ser impróprio para o consumo. Um dos acusados responsável pelas vendas exercia suas funções em outra cidade. Enquanto o outro réu, técnico químico, não participava diretamente do engarrafamento, mas administrava a equipe responsável, cabendo-lhe treinar os funcionários e coordenar o processo produtivo. Há necessidade de o sujeito ativo concorrer para o fato, dolosa (art. 7º, IX da Lei nº 8137/90) ou, ao menos, culposamente (art. 7º, p. Único da Lei nº 8137/90). A função de cada réu na empresa, por si só, não acarreta a responsabilidade penal, sob o risco de incidir em reponsabilidade penal objetiva. Ausência de dolo - os réus não atuaram diretamente na venda do produto e não há prova de que tinham conhecimento que o produto era impróprio para o consumo. Recurso desprovido (TJRJ - Apelação Criminal nº: 0039909-19.2015.8.19.0002, Rel.ª Des.ª Katya Maria Monnerat, 1ª Câmara Criminal, j. em 22/11/2016).

Por todo o apresentado, em que pese a comprovação da materialidade, a autoria não restou configurada, tendo em vista que não houve comprovação do dolo por parte do apelado, elemento subjetivo inerente ao tipo penal, razão pela qual a manutenção da absolvição é medida que se impõe, com fundamento no inciso V do art. 386 do CPP.

Em face do exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso ministerial, para manter a absolvição prolatada a favor de E.S.I., nos termos da r. sentença.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores CORRÊA CAMARGO e EDUARDO BRUM.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal. Queixa crime. Pleito de condenação nas iras dos art. 138 c/c art. 141, III; art. 140, *caput,* art. 163, parágrafo único, I; art. 147, *caput* e art. 330, *caput,* todos do Código Penal. Recorrente que não tem legitimidade ativa para a propositura de ação penal quanto aos delitos dispostos nos art. 147 e 330 do CP. Crimes de ação pública incondicionada e de ação pública condicionada à representação da vítima. Sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito. Manutenção. Demais delitos. Pleito de condenação. Inviabilidade. Crimes contra a honra. Ausência de provas de que o apelado tenha imputado ao apelante autoria de crime que sabidamente não foi o mesmo que cometeu. Injuria que também não restou comprovada. Envolvidos que estavam em discussão acalorada. Ausência de dolo específico em ofender a honra do querelante. Delito de dano qualificado. Ausência de provas de que o apelado tenha o praticado. Meras presunções. *In dubio pro reo.* Absolvição mantida. Pleito de isenção das custas processuais. Não cabimento. Suspensão de sua exigibilidade. Inconstitucionalidade do art. 10, II, da Lei Estadual nº 14.933/03 declarada pelo Órgão Especial deste Tribunal.

- Não tendo o apelante legitimidade ativa para propor ação penal quanto aos delitos dispostos nos art. 147 e 330 do Código Penal, deve ser mantida a decisão primeva que extinguiu o processo, quanto a este aspecto, sem julgamento de mérito.

- Havendo uma discussão calorosa entre os envolvidos, para que o apelado seja condenado pela prática de crimes contra a honra, tem que estar devidamente comprovado o seu dolo específico em ofender a honra subjetiva e objetiva do apelante. Não sendo este o caso, deve a absolvição prolatada em primeiro grau ser mantida.

- Não havendo provas concretas que o querelado praticou o delito disposto no art. 163, parágrafo único, I, do Código Penal, a manutenção de sua absolvição é medida de rigor, por força do princípio processual do *in dubio pro reo*.

- Existindo requerimento de pessoa natural para se ver beneficiada pela Justiça Gratuita, à luz do § 3º do art. 99 do Código de Processo Civil, presume-se verdadeira a alegação de insuficiência, todavia a exigibilidade das custas processuais deve ser suspensas, não havendo que se falar em isenção.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.13.229244-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: L.R.O. - Apelado: J.E.M. - Relator: DES. SÁLVIO CHAVES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 19 de junho de 2019 - *Sálvio Chaves* - Relator.

Voto

DES. SÁLVIO CHAVES - L.R.O. apresentou queixa-crime em face de J.E.M., pretendendo a condenação deste nas iras do art. 138 c/c 141, III, art. 140, *caput*, art. 163, parágrafo único, I, com circunstâncias agravantes, art. 147, *caput*, e art. 330, *caput*, todos do Código Penal.

Finda a instrução criminal, sobreveio aos autos a sentença de f. 280/288, que, ao julgar improcedente a queixa-crime ofertada, extinguiu o processo sem resolução de mérito quanto aos delitos dispostos nos art. 147 e 330 do Código Penal, tendo em vista a ilegitimidade ativa do apelante, e, quanto aos demais crimes, absolveu o querelado, ora recorrido, isto com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Intimações regulares, f. 288-v, 289 e 317.

Inconformado, recorre L.R.O., atuando em causa própria, termo de f. 290 e razões de f. 296/300, oportunidade em que pugna pela reforma da sentença, a fim de que J.E.M. seja condenado nos exatos termos constantes na queixa-crime.

Contrarrazões defensivas acostadas às f. 303/306, pelo não provimento do recurso.

Parecer Ministerial às f. 307/309, pela manutenção da decisão de primeira instância, ao fundamento de que o feito é carecedor de provas.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 325/327).

Este é o relatório. Decido.

O recurso é próprio e tempestivo, dele conheço.

Inicialmente, assim como foi procedido pelo Magistrado *a quo* na decisão ora combatida, entendo que o mérito atinente aos crimes de desobediência, art. 330 do CP e de ameaça, art. 147 do CP, não devem ser apreciados, vez que o recorrente não detém legitimidade ativa para propor a ação penal, tendo em vista que o primeiro delito é ação pública incondicionada e o segundo é de ação penal pública condicionada à representação da vítima.

Assim, o legitimado para propor ação penal buscando incursar o ora recorrido nos mencionados dispositivos legais é o Ministério Público de Minas Gerais.

Dessa forma, encontra-se ausente uma das condições da ação, qual seja a legitimidade ativa, isto quanto aos crimes de desobediência e ameaça, não havendo que se julgar o mérito do apelo no que tange a estes crimes.

Quanto aos crimes contra a honra, tipificados no art. 138 c/c art. 141, III e no art. 140, todos do Código Penal, alegou o apelante, durante o oferecimento da queixa-crime, que o apelado atribuiu contra si fato

ofensivo à sua reputação, vez que afirmou, na presença de outras pessoas, que este estava furtando água de sua residência, bem como que o chamou de "veado, homossexual e ladrão", ofendendo, assim, a sua honra subjetiva.

Todavia, assim como manifestado pelo Magistrado *a quo*, tenho que inexistem nos autos provas suficientes que comprovem que o apelado, de fato, praticou tais delitos, motivo pelo qual a decisão absolutória deve ser mantida.

Isso porque, o apelado, ao ser interrogado perante autoridade policial, asseverou que o querelante havia derrubado o muro que estava na divisa entre as propriedades dos dois, e que o querelante havia colocado no local uma cerca elétrica que estava colocando em risco a integridade física dos profissionais que estavam trabalhando na sua obra. Alegou que com isso foi até a residência de L., e que este já o atendeu lhe ofendendo, e que apenas revidou. Vide f. 30.

Em juízo, o querelado manteve a sua assertiva anteriormente concedida, vindo a enfatizar que, de fato, houve uma discussão com o apelante, vez que os pedreiros que estavam trabalhando em sua obra estavam com dificuldades de trabalhar devido a uma cerca elétrica que o querelante não desligava. Alegou que, por diversas vezes, os pedreiros pediram a L. que desligasse a mencionada cerca e que ele sempre os tratou de forma hostil.

Destacou, ainda, que o apelante subiu em uma escada e jogou o muro no chão, no lado que é de sua propriedade, quase vindo a atingir os pedreiros que lá estavam. Com isso, os seus funcionários lhe chamaram, e por ter visto que se tratava de fato degradante, se dirigiu até a casa de L., de forma não muito calma, tendo os dois envolvidos iniciado uma discussão.

Dispôs que, ao contrário do que foi alegado pela parte adversa, não estava portando um revólver no momento dos fatos, e que, durante a discussão, ambos os envolvidos proferiram diversas palavras de baixo calão, e que os pedreiros que estavam laborando no local presenciaram tudo (mídia de f. 249).

Corroborando com os dizeres do apelado, a testemunha L.S.S., ao ser inquirido em juízo, aduziu que à época dos fatos trabalhava para J.E.M. e que, quanto aos fatos, L. havia colocado uma escada em um muro que estava em construção e este derrubou alguns tijolos, sendo que as pessoas que lá estava recuaram para que tais objetos não os atingissem. Afirmou que havia uma cerca elétrica no muro, e que José Eduardo não estava presente no local no momento dos fatos. Posteriormente enfatizou que delatou ao apelado o ocorrido, sendo que este foi até a casa de L., tendo os dois iniciado uma discussão, sendo que ambos proferiram xingamentos, tendo disposto ainda que não havia ninguém armado (f. 234).

Por outro lado, o policial militar que compareceu em juízo afirmou que não se recordava dos fatos, de forma que em nada colaborou na elucidação dos fatos.

Assim, é inconteste nos autos que ambos os envolvidos tiveram uma discussão, sendo que ambos proferiram xingamentos, bem como palavras de baixo calão em desfavor um do outro.

Todavia, em uma ocasião de discussão, em que as pessoas estão mais acaloradas em virtude do temperamento hostil que é criado, estas tendem a prolatar palavras obscenas, sem que haja, contudo, uma real intenção de ofender ou atingir a honra de outrem.

Ademais, no presente caso sequer há provas concretas de que o apelado tenha imputado ao querelante a autoria de fato ilícito que sabidamente não foi o mesmo que cometeu, ou que tenha o injuriado.

Sobre isso, é de se constar que, muito embora o apelante tenha salientado que o querelado tenha praticado tais delitos, a testemunha presencial que concedeu o seu relato em juízo, prestou relato similar àqueles concedidos pelo apelado, no sentido de que os agentes estavam envolvidos em uma discussão e que ambos proferiram palavras ofensivas um contra o outro, fato este que é inerente a uma situação de bate-boca entre os envolvidos.

Com isso, a meu ver não restou comprovado que o ora recorrido tenha atuado com o dolo específico de ofender a honra do querelante, motivo pelo qual não há que se falar em condenação.

Nesse sentido, inclusive, é a jurisprudência deste Tribunal:

> Apelação. Crimes contra a honra. Calúnia e difamação. Condenação. Impossibilidade. Ausência de comprovação do elemento subjetivo (dolo específico). - Para a configuração dos delitos de calúnia e difamação é indispensável a comprovação do dolo específico (*animus caluniandi* e *animus diffamandi*), ou seja, a vontade de atingir a honra do sujeito passivo. Assim, se ausente o elemento subjetivo, a absolvição deve ser mantida (Apelação Criminal nº: 1.0024.15.055843-5/001. Rel. Des. Octávio Augusto de Nigris Boccalini. j. em 4/7/2017. p. em 14/7/2017).

Assim, inviável o pleito condenatório requerido na peça recursal.

Quanto ao delito de dano qualificado, tipificado no art. 163, parágrafo único, I, do Código Penal, também entendo que se mostrou escorreita a decisão de primeiro grau, não carecendo de qualquer reforma.

Sobre isso, aduz o recorrente que o apelado teria quebrado uma cerca elétrica com várias pauladas, bem como deu vários chutes no portão.

Pois bem.

Inquirido especificamente quanto à acusação do delito de dano, o apelado asseverou que não quebrou a cerca elétrica, enfatizando ainda que ela se encontra no mesmo local, bem como que no local há algumas árvores que vão crescendo por cima da cerca, e que por isso a cerca é levantada naturalmente (mídia de f. 249).

Não obstante, conforme já mencionado acima, os fatos se deram na presença de algumas testemunhas, sendo que uma delas, inclusive, compareceu em juízo para conceder a sua versão sobre os fatos e nada disse acerca de uma possível conduta do querelado no sentido de ele ter danificado a cerca elétrica do recorrente.

Faço constar ainda que não passou despercebido a meus olhos as fotografias constantes às f. 185/188, que mostram a construção, bem como a cerca elétrica danificada.

Porém, inexistem nos autos provas que atestem, de forma a eximir o julgador de qualquer dúvida, que o autor do delito de dano qualificado tenha sido o querelado, conforme apontado pelo recorrente.

O que há, a bem da verdade, são meras alegações por parte do apelante no sentido que o apelado tenha danificado a cerca elétrica. Contudo, tal alegação não encontra qualquer embasamento no acervo probatório colacionado aos autos, motivo pelo qual, em respeito ao princípio processual do *in dubio pro reo*, a manutenção da absolvição do recorrido é medida que se impõe.

A respeito disso, esta é a jurisprudência desta Corte:

> Apelação criminal. Dano qualificado. Recurso do ministério público. Condenação. Impossibilidade. Dúvida relevante quanto a autoria delitiva. *In dubio pro reo*. Absolvição mantida. Recurso improvido. - Prevalecendo dúvidas quanto à autoria delitiva dos agentes, diante da insuficiência de provas robustas que a comprovem, deve-se decidir em favor do acusado, em respeito ao princípio *in dubio pro reo*, sendo, portanto, razoável e prudente a absolvição operada pelo douto Juízo *a quo*. - Recurso improvido (Apelação Criminal nº: 1.0480.12.013109-3/001. Rel. Des. Marcílio Eustáquio Santos. j. em 20/2/2019. p. em 1º/3/2019).

Portanto, conforme bem elucidado pelo Ilustre Promotor de Justiça, às f. 307/309, bem como pelo Culto Procurador de Justiça, às f. 325/327, as provas carreatas aos autos são frágeis, pelo que não há que se falar em reforma da decisão de primeira instância.

Por fim, requer o recorrente a isenção das custas processuais.

Quanto a isso, entendo que o agente faz jus ao benefício da assistência judiciária, não na amplitude pretendida, uma vez que, muito embora este tenha atuado em causa própria, o mencionado pedido não restou impugnado sob o crivo do contraditório e ampla defesa, conforme exige o art. 99, § 2°, do CPC.

Entretanto, tendo o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça declarado a inconstitucionalidade do art. 10, II, da Lei Estadual nº 14.933/03, tenho que não há que se falar em isenção das custas processuais, mas em suspensão de sua exigibilidade.

Neste sentido, trago a Jurisprudência desta Egrégia Câmara Criminal:

> Apelação criminal. Art. 14 da Lei nº 10.826/03. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Absolvição por insuficiência de provas. Impossibilidade. Materialidade e autoria comprovadas. Prova oral farta. Retratação isolada do contexto probatório. Condenação mantida. Crime de perigo abstrato e de mera conduta. Abrandamento do regime de cumprimento da pena e substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Necessidade. *Quantum* final da pena. Acusado primário e de bons antecedentes. Isenção do pagamento das custas. Impossibilidade. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual nº 14.939/03 pelo órgão especial do TJMG. Suspensão do pagamento na forma do art. 98 do novo código de processo civil. Necessidade. Acusado hipossuficiente. Defensoria pública. - Comprovado que o apelante portava arma de fogo, de maneira irregular, nos termos do art. 14, da Lei nº 10.826/03, que se trata de delito de perigo abstrato e de mera conduta, a manutenção da condenação é medida de rigor. - Diante da primariedade e bons antecedentes, bem como do *quantum* final da pena, deve ser a reprimenda corporal substituída por duas penas restritivas de direitos, bem como o regime ser abrandado para o aberto. - Provada a hipossuficiência do apelante, deve lhe ser concedida a suspensão do pagamento das custas processuais, nos termos do art. 98 do Novo Código de Processo Penal. - A Lei Estadual nº 14.939/03 foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial deste egrégio Tribunal de Justiça, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0647.08.088304-2/002, publicada em 23/10/2015, restando a matéria, atualmente, regulada pelo art. 98 do Novo Código de Processo Civil, que, de forma supletiva (art. 3º do Código de Processo Penal), passou regulá-la, diante da revogação expressa da Lei nº 1.060/50 pelo art. 1.072 do Novo Código de Processo Civil. - Faz jus à suspensão do pagamento das custas processuais, nos termos do art. 98, do CPC, o acusado hipossuficiente, assistido pela Defensoria Pública (Apelação Criminal nº: 1.0625.14.004187-6/001. Des Rel. Agostinho Gomes de Azevedo. j. em 12/12/2018. p. em 19/12/2018).

Assim, concedo ao acusado o benefício da assistência judiciária, de modo a suspender a exigibilidade das custas processuais pelo prazo de 5 anos, sendo que, ultrapassado tal lapso temporal, e permanecendo a condição hipossuficiente do apelante, tais obrigações deverão ser extintas.

Mediante tais considerações, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO apenas para conceder o benefício da gratuidade de justiça, suspendendo a exigibilidade das custas processuais, na forma do art. 98, § 3º, do CPC.

É como voto

DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA - Acompanho o Relator, dando parcial provimento ao recurso, para suspender a exigibilidade do pagamento das custas processuais.

Gostaria apenas de ressaltar que não há legitimidade *ad processum* do querelante também em relação ao crime previsto no art. 163, parágrafo único, I, do Código Penal, que se processa mediante ação pública incondicionada.

Como a sentença já tinha absolvido o querelado, no entanto, também da prática desse crime - a questão da legitimidade na sentença restringiu-se apenas aos delitos dos art. 147 (que exige representação) e 330 do Código Penal (ação pública incondicionada); lá, analisou-se o dano qualificado como se o querelante tivesse legitimidade à ação, mas a queixa só é cabível para o *caput* e para o inciso IV do parágrafo único do referido art. 163, nos termos do art. 167, todos do Código Penal -, não há nulidade agora a ser declarada.

É como voto.

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal. Roubos majorados. Corrupção de menores. Absolvição. Descabimento. Reconhecimento de crime único em relação aos crimes de roubo. Inviabilidade. Concurso formal próprio. Reconhecimento. Necessidade. Multa. Redução. Necessidade. Pena provisória. Redução. Necessidade

- A prova da menoridade da vítima, para fins de comprovação da materialidade do crime do art. 244-B, do ECA, pode consistir na qualificação suficiente do menor constante do Boletim de Ocorrência ou de outro documento público.

- Tendo sido demonstrado que o acusado, em unidade desígnios com um menor e outro agente, subtraiu, mediante grave ameaça, bens pertencentes às vítimas, impõe-se a manutenção de sua condenação pelos crimes de roubo, majorados pelo concurso de pessoas.

- Considerando que o apelante, nas mesmas circunstâncias, mediante uma só ação, subtraiu bens de vítimas distintas, encontra-se caracterizado o concurso formal de delitos, devendo ser mantida sua condenação pela prática de dois crimes de roubo, na forma do art. 70, do Código Penal.

- Reconhece-se o concurso formal próprio entre o roubo e a corrupção de menores, cometidos, ambos, mediante ação única e sem desígnios autônomos.

- A pena de multa deve guardar estrita proporcionalidade com a privativa de liberdade cumulativamente aplicada.

- Ausente fundamentação concreta para agravamento da pena em patamar superior a 1/6 (um sexto), na segunda etapa dosimétrica, impõe-se a adoção da referida fração em função da agravante reconhecida.

V.v. Inexistindo nos autos prova segura no sentido de que a pessoa que acompanhou o acusado na empreitada criminosa era menor de idade, impõe-se a solução absolutória quanto ao crime descrito no art. 244-B, do ECA.

- Presentes dados concretos de reprovabilidade extraídos dos autos, inviável se faz a redução das penas fixadas.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.14.332013-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: M.H.L.C. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO, EM PARTE, O RELATOR.

Belo Horizonte, 19 de junho de 2019. *Paulo Calmon Nogueira da Gama* - Relator.

Voto

DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA - Trata-se de Recurso de apelação, interposto por M.H.L.C., contra a sentença de f. 127/141v., na qual foi condenado, pela prática dos delitos descritos no art. 157, § 2º, II, por duas vezes, na forma do art. 70, ambos do Código Penal, e art. 244-B do ECA, na forma do art. 69 daquele diploma legal, às penas de 10 (dez) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, além de 34 (trinta e quatro) dias-multa, fixado o valor unitário no importe mínimo legal.

Constou da peça acusatória que, no dia 17 de dezembro de 2014, por volta das 19h42min, na Rua XXXXXXXXX, próximo ao nº XX, Bairro XXX XXXXX, nesta Capital, o acusado, em unidade de desígnios com um menor e outro agente não identificado, subtraiu, em proveito comum, mediante grave ameaça exercida com simulacro de arma de fogo, bens pertencentes às vítimas, J.L.L. e J.S.J.

Apurou-se, segundo a denúncia, que os ofendidos transitavam na mencionada via pública quando foram abordados pelos indivíduos, oportunidade em que o réu estava portando o simulacro de arma de fogo e o adolescente uma faca grande, tendo eles anunciado o assalto e subtraído os bens das vítimas.

A denúncia foi recebida em 13 de janeiro de 2015, f. 45, e a sentença condenatória publicada em mão do escrivão judicial aos 3 de setembro de 2018. O réu foi intimado da decisão em f. 147.

Em razões recursais de f. 150/158v., o acusado requereu sua absolvição quanto aos delitos imputados. Subsidiariamente, pleiteou o reconhecimento de crime único entre os crimes de roubo, a aplicação do concurso formal próprio entre o delito de roubo e de corrupção de menores, a redução das penas fixadas e a diminuição da fração aplicada em razão da incidência da agravante da reincidência para o crime de corrupção de menores.

Em contrarrazões recursais de f. 160/165v., o Órgão ministerial local pugnou pelo não provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 172/187, recomendou o parcial provimento do apelo.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Não verifico nulidades ou irregularidades a serem sanadas de ofício, razão pela qual passo ao exame do mérito.

A materialidade do delito foi demonstrada através do Boletim de Ocorrência (f. 10/12), do Auto de Apreensão (f. 13) e do termo de Restituição (f. 14).

No que tange à autoria delitiva para o delito de roubo, o apelante, em sede embrionária, f. 7, fez uso de seu direito constitucional ao silêncio.

Já em Juízo, f. 110, embora devidamente intimado, o réu não compareceu, oportunidade em que foi decretada sua revelia.

Por outro lado, as vítimas, f. 4/5, inquiridas em sede embrionárias, narraram os fatos com riqueza de detalhes: disseram que transitavam pela via pública, quando foram abordadas por três indivíduos e que dois deles portavam objetos semelhantes a armas de fogo. Relataram que, instantes depois de os autores

empreenderem fuga, conseguiram sinalizar para uma viatura que passava pelo local, ocasião em que foram ao encalço dos indivíduos, tendo sido possível identificá-los, há certa distância, oportunidade em que um deles empreendeu fuga e os demais foram abordados.

Os ofendidos foram assertivos em dizer que reconheciam o réu e o suposto menor como autores do delito. Segundo eles, o recorrente foi responsável por portar o instrumento semelhante à arma de fogo enquanto o outro agente recolheu as *res furtivae*.

Embora as vítimas não tenham sido ouvidas em juízo, julgo que os depoimentos policiais prestados em ambas as fases processuais são suficientes para confirmar suas assertivas.

De acordo com os militares, na data dos fatos, foram abordados pelas vítimas, as quais relataram o crime sofrido, bem como repassaram as características dos agentes. A par de tais informações, eles saíram em busca dos autores, momento em que lograram abordar dois indivíduos, sendo que o réu portava um simulacro de arma de fogo na cintura e o outro autor trazia uma faca grande em sua mochila.

Segundo os milicianos, os ofendidos lograram reconhecer o apelante e o suposto menor, sem dúvidas.

Por fim, os militares asseveraram que, em verificação ao longo do trecho percorrido pelos agentes, foi possível encontrar parte dos bens que haviam sido subtraídos.

Portanto, julgo que os elementos probatórios produzidos em juízo, em especial os depoimentos policiais, foram suficientes à confirmação das provas constituídas em sede embrionária. Assim, não há que se falar em ausência de prova judicializada para a condenação do recorrente.

Pleiteia, ainda, a defesa que seja reconhecida a ocorrência de crime único entre os delitos de roubo, pois praticados em um único contexto.

Ora, é fora de dúvidas que o apelante, em unidade de desígnios com outros dois indivíduos, mediante uma só ação - anunciar o assalto e exigir os bens das vítimas - violou bens jurídicos diversos, subtraindo objetos de pessoas distintas.

Portanto, entendo que as condutas praticadas pelo réu se subsomem ao disposto no art. 70, primeira parte, do CP.

Na esteira desse entendimento, é o trato pretoriano:

> Apelação criminal. Roubo majorado. Corrupção de menor. Absolvição. Impossibilidade. Cooperação dolosamente distinta. Crime único. Não reconhecimento. Redução da pena-base aquém do mínimo legal. Inviabilidade. Custas. Isenção. Matéria afeta à execução penal. [...] - Quando o agente, mediante uma só ação, viola o patrimônio de duas vítimas, correto o reconhecimento do concurso formal, não havendo que se falar em crime único. A incidência de circunstâncias atenuantes não pode conduzir a pena-base aquém do mínimo legal. Súmula nª 231 do STJ. É na fase da execução que a alegada miserabilidade jurídica do condenado, assistido por defensor dativo, deverá ser examinada, a fim de se conceder ou não a isenção de custas. (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0141.16.000191-5/001, Rel.ª Des.ª Maria Luíza de Marilac, 3ª Câmara Criminal, j. em 21/3/2017, p. em 4/4/2017).

Outro não é o entendimento do Tribunal da Cidadania:

> Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Roubos circunstanciados. Concurso formal. Pleito de reconhecimento de crime único. Dois patrimônios distintos lesados.Impossibilidade. Pena-base acima do piso legal. Consequências do crime. *Res furtivae* recuperada. Valoração positiva incabível. Conduta social e maus antecedentes. Condenações transitadas em julgado. Réu multirreincidente. *Bis in idem* não evidenciado. Compensação proporcional entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Duas condenações remanescentes. Flagrante ilegalidade não caracterizada. *Writ* não conhecido. - [...]. - Conforme a iterativa jurisprudência desta Corte, não há falar em crime único quando, num mesmo contexto fático, são subtraídos bens pertencentes a vítimas distintas, caracterizando concurso formal, por terem sido atingidos patrimônios diversos, Precedentes. [...] (HC nº 360.371/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. em 17/11/2016, *DJe* de 23/11/2016).

Assim, mantenho a condenação do recorrente nas sanções do art. 157, § 2º, II, do Código Penal, por duas vezes, na forma do art. 70 do mesmo diploma legal.

No que tange ao pleito absolutório em relação ao delito de corrupção de menores, razão assiste ao apelante.

Insta consignar que esposo entendimento de que o reconhecimento da menoridade pode ser atestado por qualquer documento constante dos autos, não havendo necessidade de ser feito exclusivamente através de certidão de nascimento.

Contudo, *in casu*, inexiste no processo qualquer informação acerca da verdadeira idade do coautor, não tendo sido produzida alguma prova neste sentido.

Nem mesmo no boletim de ocorrência, f. 10/12, foi informado qualquer dado pessoal do suposto menor.

Portanto, outra solução não há, se não a absolvição do apelante em relação ao crime descrito no art. 244-B, do ECA, com fincas no art. 386, II, do CPP.

Em relação à dosimetria das penas para os crimes de roubo majorado, não há qualquer reparo a ser feito, sobretudo porque estabelecidas com certa parcimônia.

Conforme se infere, trata-se de agente possuidor de cinco condenações transitadas em julgado, sendo certo que uma delas foi utilizada para fins de configurar a reincidência do agente (CAC de f. 117/125).

Em relação às demais condenações, sustenta a defesa a ocorrência do injurídico *bis in idem*, uma vez que o Juiz de base valeu-se delas para desabonar os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente.

Entretanto, entendo que tal prática não constitui *bis in idem*, na medida em que cada uma das mencionadas circunstâncias judiciais foi tomada por desfavorável em razão de uma condenação diferente.Ocorreria *bis in idem,* se houvesse apenas uma condenação remanescente e, com fundamento nela, o Juiz negativasse as três circunstâncias judiciais.

Registro, inclusive, meu entendimento de que a existência de diversas condenações transitadas em julgado pode conduzir à elevação substancial das penas, com fundamento apenas na análise desfavorável dos antecedentes criminais do agente, sendo, portanto, desnecessário, que cada condenação pese sobre uma determinada circunstância judicial.

Portanto, mantenho as penas-base do acusado para os crimes de roubo majorado.

Na segunda etapa do procedimento dosimétrico, ausente circunstância atenuante, as penas foram parcimoniosamente exasperadas em face da agravante da reincidência.

Por fim, à míngua de causas especiais de diminuição, foi aplicada, também de forma parcimoniosa, a majorante relativa ao concurso de pessoas, em razão do envolvimento de três agentes na prática delitiva.

Assim, cada uma das penas dos crimes de roubo majorado se concretizaram em 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e dezessete dias-multa.

Por fim, impõe-se a aplicação da regra disposta no art. 70, do CP, pois praticadas duas condutas em concurso formal próprio, motivo pelo qual uma das sanções, vez que idênticas, deve ser aumentada em 1/6, tornando-as definitivas em 8 (oito) anos, 6 (seis) meses e (20) vinte dias de reclusão, além de (19) dezenove dias-multa, mantido o valor unitário mínimo.

Nos moldes do art. 33, § 2º, *a*, do CP, mantenho o regime fechado para desconto da sanção corporal.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, para absolver o apelante em relação ao crime de corrupção de menores, concretizando suas penas, quanto aos crimes de roubo, em oito anos, seis meses e vinte dias de reclusão, em regime fechado, além de dezenove dias-multa, mantido o valor unitário mínimo.

Custas isentas, conforme sentença.

Tendo-se em vista a vigente orientação do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de execução da pena após a confirmação da condenação em segunda instância, e considerando-se as balizas de cautelaridade presentes no caso concreto que conduzem à aptidão executiva, ainda que provisória, do título condenatório, expeça-se mandado de prisão, com prazo de doze anos.

É como voto.

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - REVISOR - Após analisar atentamente os autos, bem como o r. voto proferido pelo eminente Desembargador Relator, peço-lhe vênia para divergir parcialmente.

De início, subscrevo o r. voto condutor quanto à manutenção da condenação pelos dois crimes de roubo majorado, em concurso formal próprio, pelos fundamentos já devidamente alinhavados pelo eminente Relator.

Divirjo, contudo, quanto à absolvição do crime de corrupção de menores, por entender que a prova dos autos é suficiente à comprovação da menoridade do coautor.

Sabe-se que "para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil" (Súmula nº 74, do STJ). Contudo, a jurisprudência do próprio STJ é firme no sentido de que tal documento não se limita à Carteira de Identidade ou à Certidão de Nascimento, sendo possível a comprovação da circunstância por outros documentos, tais como o Boletim de Ocorrência, documento público dotado, portanto, de fé pública.

Nesse sentido:

> Agravo regimental no recurso especial. Crime de corrupção de menores. Prova da menoridade da vítima. Auto de apreensão em flagrante de ato infracional. Documentação hábil à comprovação. Precedentes. Súmula nº 74/STJ. Agravo regimental desprovido. - A teor da jurisprudência consolidada

> no STJ, a comprovação da menoridade da vítima do crime previsto no art. 244-B da Lei nº 8.069/1990 exige documento hábil. Súmula nº 74 do STJ (AgRg no REsp nº 1.680.683/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, *DJe* de 14/11/2017). - O auto de apreensão em flagrante de ato infracional e o Boletim de Ocorrência são documentos dotados de fé pública e aptos a comprovar a menoridade do adolescente envolvido no crime praticado pelo ora agravante. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp nº 1740510/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. em 20/9/2018, *DJe* de 3/10/2018).
>
> Agravo regimental no recurso especial. Roubo majorado e corrupção de menor. [...] Prova da menoridade. Certidão de nascimento. Prescindibilidade. Outros documentos. Possibilidade. Agravo regimental desprovido. [...] - A comprovação da menoridade, para fins de tipificação do delito previsto no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, não exige obrigatoriamente a apresentação de certidão de nascimento, podendo esta circunstância elementar ser comprovada por outros documento idôneos, tais como o boletim de ocorrência policial, o auto de apreensão do adolescente as peças do procedimento instaurado na Justiça da Infância e Juventude. - Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp nº 1737765/MG, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 6ª Turma, j. em 23/10/2018, *DJe* de 13/11/2018).
>
> Agravo regimental no *habeas corpus*. Corrupção de menores. Art. 244-b da Lei nº 8.069/1990. Pleito de absolvição. Impropriedade da via eleita. Prescindibilidade de comprovação da idade do menor por meio de certidão de nascimento. Possibilidade de outros documentos dotados de fé pública. Recurso improvido. [...] - A comprovação da idade da vítima do crime de corrupção de menores pode ser feita por outros documentos dotados de fé pública que não somente a certidão de nascimento. Precedentes. - No caso, o Tribunal de Justiça, em observância aos pormenores da situação concreta, entendeu que a menoridade do adolescente foi devidamente comprovada pelo Auto de Apreensão em Flagrante de Ato Infracional, bem como pelo Boletim de Ocorrência, documentos esses aptos a demonstrar a idade do adolescente na época dos fatos, o que se encontra em consonância com a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça. - Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC nº 433.244/MG, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, j. em 5/6/2018, *DJe* de 15/6/2018).

In casu, o Boletim de Ocorrência de f. 10/12 qualifica suficientemente o coautor (envolvido 4), consignando seu nome completo, nacionalidade, naturalidade, data de nascimento (21/10/2000), idade aparente de 14 (quatorze) anos, estado civil, cútis, filiação, grau de escolaridade e endereço, pelo que reputo comprovada a menoridade.

Não bastasse esse documento, frise-se ter sido lavrado Auto de Prisão em Flagrante Delito e Auto de Apreensão em Flagrante de Ato Infracional (APFD/AAFAI), confeccionado pela Delegacia Especial de Plantão de Internações e Apuração de Atos Infracionais (f. 2/8), devidamente subscrito pelo Delegado de Polícia Civil, sendo certo que, ao longo de todo o documento, o coautor é referido como adolescente, tendo a autoridade policial, em seu despacho, determinado a não liberação do menor e seu imediato encaminhamento ao Ministério Público.

O próprio adolescente foi ouvido à f. 6, oportunidade em que declinou a referida data de nascimento, estando o termo de declarações subscrito pelo Delegado de Polícia e pela Escrivã.

Diante desses elementos, entendo que a menoridade do coautor está suficientemente comprovada.

Quanto à autoria delitiva, igualmente comprovada a partir da prova oral produzida em Juízo. Os Policiais Militares P.A.L. e R.C.S. ratificaram suas declarações de f. 2/3, nas quais relataram terem as vítimas reconhecido, sem qualquer dúvida, o ora apelante e o adolescente como autores do fato (f. 67/68).

Esses testemunhos, colhidos em Juízo, alinham-se às declarações das vítimas em sede extrajudicial (f. 4/5), as quais relataram firmemente o ocorrido, reconhecendo o acusado e o adolescente.

Nesses termos, mantenho a condenação pelo crime de corrupção de menores, amparada que está em sólido conjunto probatório, *data venia* a r. entendimento diverso.

Quanto à modalidade de concurso de crimes, após acompanhar o eminente Relator quanto à manutenção do concurso formal entre os dois roubos, acolho, nesse ponto, o pedido recursal e reconheço o concurso formal, não material, entre os delitos patrimoniais e a corrupção de menores.

O réu, mediante uma única ação, cometeu todos os crimes ora reconhecidos, não tendo havido pluralidade de ações a ensejar o concurso material, nem desígnios autônomos, a ensejar o concurso formal impróprio, não tendo o acusado objetivado, especificamente, a corrupção do menor de forma apartada dos crimes patrimoniais.

A jurisprudência é assente ao reconhecer o concurso formal próprio em casos como o presente:

> Apelação criminal. Roubo majorado, por duas vezes, em concurso formal impróprio, e corrupção de menores. [...] Pena. Aplicação do concurso formal próprio entre os dois crimes de roubo e o delito de corrupção de menores. Necessidade. Cúmulo material afastado. Pena reduzida. [...] - O réu que, mediante uma só ação, pratica dois crimes de roubo majorado e um de corrupção de menores deve ter reconhecida a hipótese legal do concurso formal próprio, prevista no art. 70, *caput*, primeira parte, do CP, afastando-se o cúmulo material aplicado. [...] (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0216.16.002221-8/001, Rel. Des. Nelson Missias de Morais , 2ª Câmara Criminal, j. em 11/5/2017, p. em 22/5/2017).

Nesses termos, afasto o concurso material reconhecido na r. sentença para aplicar, em seu lugar, o concurso formal próprio.

Quanto às penas, acompanho o eminente Relator para manter aquelas fixadas pelos crimes de roubo.

Anoto, contudo, que a r. sentença considerou desfavoráveis a conduta social e a personalidade do réu com base em condenações criminais constantes da CAC trazida aos autos, o que não se releva correto, *data venia*, conforme jurisprudência firmada pelo colendo STJ, que passou a entender que condenações criminais transitadas em julgado podem se prestar apenas para fins de macular os antecedentes do agente (atendidos os respectivos requisitos), mas não para negativar sua conduta social ou sua personalidade:

> Recurso especial. Penal. Dosimetria da pena. Art. 59 do CP. Negativação da conduta social com base em condenação com trânsito em julgado. Modificação de entendimento. - A utilização de condenações com trânsito em julgado anteriores para negativar a conduta social era admitida porque os antecedentes judiciais e os antecedentes sociais se confundiam na mesma circunstância, conforme o art. 42, do Código Penal anterior à reforma de 1984. Essa alteração legislativa, operada pela Lei nº 7.209/1984, especificou os critérios referentes ao autor, desmembrando a conduta social e a personalidade dos antecedentes. - Esse tema possuía jurisprudência pacificada no âmbito da 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, que admitiam a utilização de condenações com trânsito em julgado como fundamento para negativar não só o vetor antecedentes, como também a conduta social e a personalidade. Mudança de orientação no âmbito da 5ª Turma - Em atenção ao princípio da individualização das penas, as condenações com trânsito em julgado não podem servir como fundamento para a negativação da conduta social. [...] (REsp nº 1760972/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. em 8/11/2018, *DJe* de 4/12/2018).

Afasta-se, portanto, o juízo negativo sobre a conduta social e a personalidade do acusado, à míngua de elementos seguros nos autos a respeito de seu desempenho na sociedade, na família, enfim, no meio social em que vive, bem como sobre seu psiquismo e perfil psicológico, aos quais se refere a personalidade.

Não obstante esse afastamento, entendo que, conforme já pontuado pelo eminente Relator, a pluralidade de condenações criminais ostentadas pelo réu já se mostra suficiente, por si sós, à manutenção da pena-base fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa para cada crime de roubo e em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, para a corrupção de menores, ante o juízo desfavorável de seus antecedentes criminais.

Por certo, o elevado número de antecedentes deve influir na fixação da pena, não podendo ser avaliadas da mesma forma a situação do agente que possui apenas um antecedente criminal e a daquele que os possui em maior quantidade, o que afrontaria o princípio constitucional de individualização da pena.

O exame das circunstâncias judiciais há de ser qualitativo, não meramente quantitativo, pelo que a gravidade concretamente acentuada de uma dada circunstância judicial deve ensejar maior elevação proporcional da pena-base.

Nesse sentido:

> O julgador deve aplicar de forma justa e fundamentada a reprimenda. O *quantum* deverá ser o necessário e suficiente à reprovação, atendendo-se, ainda, ao princípio da proporcionalidade.
>
> A análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito.
>
> Assim, é possível que 'o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto.' (AgRg no REsp nº 143.071/AM, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, *DJe* de 6/5/2015). (AgRg no HC nº 422.740/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. em 4/9/2018, *DJe* de 13/9/2018).

Ademais, o afastamento do juízo de censura lançado sobre uma circunstância judicial não implica, automaticamente, a necessidade de se reduzir a pena-base, em recurso exclusivo da defesa.

Vale frisar ser dado à Instância ad quem agregar fundamentos para a manutenção da pena-base da sentença, em recurso exclusivo da defesa, desde que não eleve a pena, já tendo sido decidido que:

> O efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal local, quando instado a se manifestar sobre a dosimetria da pena, a realizar nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo em se tratando de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, contanto que não seja agravada a reprimenda imposta ou o seu regime de cumprimento. (AgRg no HC nº 422.740/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. em 4/9/2018, *DJe* de 13/9/2018).

Assim, mediante juízo desfavorável da circunstância judicial referente aos antecedentes criminais do acusado, mantenho as penas-base da r. sentença (já tendo o réu sido indevidamente beneficiado quanto à multa, fixada no mínimo legal).

Na segunda etapa, mantenho as penas provisórias de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, para os crimes de roubo, pela reincidência, frisando que também aqui o réu foi indevidamente beneficiado, ante o

agravamento da pena em patamar inferior ao jurisprudencialmente adotado como regra, qual seja, 1/6 (um sexto).(nesse sentido, CF. AgRg no REsp nº 1660563/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. em 15/8/2017, *DJe* de 24/8/2017, e HC nº 463.195/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. em 11/9/2018, *DJe* de 20/9/2018).

Quanto à pena de multa, foi ela agravada para o patamar de 13 (treze) dias-multa. Buscando manter a estrita proporcionalidade frente ao agravamento da pena privativa de liberdade, reduzo-a ao patamar de 11 (onze) dias-multa.

Majoradas as penas no mínimo legal de 1/3 (um terço), diante do concurso de agentes, elas se concretizam em 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, por cada crime de roubo.

Quanto à corrupção de menores, assiste razão à i. defesa ao pugnar pela redução da pena provisória, que foi fixada em 2 (dois) anos de reclusão. Afinal, dada a reincidência, a pena foi elevada em 1/3 (um terço), não havendo fundamentação concreta para tanto, já que as demais condenações ensejaram o recrudescimento da pena-base, a título de maus antecedentes.

Assim, aplico a fração de 1/6 (um sexto), chegando à pena final de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão, ausentes outras causas modificativas.

Aplicado o concurso formal próprio entre os três delitos, conforme já fundamentado, valho-me da fração de 1/5 (nesse sentido, CF. HC nº 421.419/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. em 9/4/2019, *DJe* de 22/4/2019), aplicada sobre as penas mais graves, o que conduz as penas ao *quantum* final de 8 (oito) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa (art. 72, do CP).

Por fim, mantenho o regime inicial fechado, diante do *quantum* de pena e da reincidência.

Isso posto, com as vênias do douto Relator, dou parcial provimento ao recurso, em menor extensão, apenas para aplicar o concurso formal próprio entre os três crimes e reduzir a pena provisória de multa quanto aos crimes de roubo e a pena provisória quanto ao crime de corrupção de menores, concretizando as sanções em 8 (oito) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 28 (vinte e oito) dias-multa, à razão unitária mínima.

Custas na forma da sentença.

Em tempo, adiro à determinação do r. voto condutor quanto à expedição de mandado de prisão.

É como voto.

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Peço vênia ao eminente Desembargador Relator para divergir parcialmente de seu judicioso voto, colocando-me de acordo com os termos do voto proferido pelo eminente Desembargador Revisor.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO, EM PARTE, O RELATOR.

• • •

Agravo em recurso especial - Recurso conhecido - Análise do mérito recursal - Penal e processual penal - Alteração no medidor de energia elétrica - Fraude por uso de substância - Redução do consumo de energia - Induzimento a erro da companhia elétrica - Tipicidade legal - Estelionato - Condenação mantida - Recurso especial desprovido

1 - Extrai-se do autos que fraude empregada pelos agravantes - uso de material transparente, nas fases "a" e "b" do medidor - reduzia a quantidade de energia registrada no relógio e, por consequência, a de consumo, gerando a obtenção de vantagem ilícita.

2 - "No furto qualificado com fraude, o agente subtrai a coisa com discordância expressa, ou presumida, da vítima, sendo a fraude meio para retirar a res da esfera de vigilância da vítima, enquanto no estelionato o autor obtém o bem através de transferência empreendida pelo próprio ofendido por ter sido induzido em erro" (AgRg no REsp nº 1279802/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 8/5/2012, *DJe* de 15/5/2012).

3 - O caso dos autos revela não se tratar da figura do "gato" de energia elétrica, em que há subtração e inversão da posse do bem. Trata-se de prestação de serviço lícito, regular, com contraprestação pecuniária, em que a medição da energia elétrica é alterada, como forma de burla ao sistema de controle de consumo, - fraude -, por induzimento ao erro da companhia de eletricidade, que mais se adequa à figura descrita no art. 171, do Código Penal - CP (estelionato).

4 - Recurso especial desprovido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.418.119 - DF (2018/0333774-2) - Relator: MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Agravantes: M.A.L.R., A.L.R. - Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - Advogados: Higor Batista Lustosa e outros - Advogada: Gabriella Brasiliana do Amaral.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são as partes acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de maio de 2019 - *Ministro Joel Ilan Paciornik* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK - Trata-se de agravo em recurso especial em desfavor de decisão que inadmitiu o recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea *a*, da Constituição Federal - CF.

Consta dos autos que os réus foram condenados às penas de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial aberto, ambas substituídas por duas restritivas de direitos, mais 12 (doze) dias-multa, à razão mínima, por infringirem, por duas vezes, o art. 171 (estelionato), § 3°, do Código Penal - CP.

O recurso da defesa foi parcialmente provido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, para o afastamento da causa de aumento do art. 171, § 3°, do Código Penal, e alteração das reprimendas, por acórdão assim ementado (e-STJ, f. 267):

> Penal. Crime de estelionato. Artifício empregado no contador de energia elétrica. Medição inferior ao consumo real. Alegações de crime impossível ou de mera tentativa. Improcedência. Exclusão da causa de aumento do art. 171, § 3°, do Código Penal. Sentença reformada em parte. - Réus condenados por infringirem o art. 171, § 3°, do Código Penal, depois de utilizarem artifício para enganar o preposto da companhia energética que fazia a leitura do medido de consumo de energia elétrica. Ele introduziam substância gelatinosa no dispositivo de leitura de consumo que reduzia a velocidade do disco medidor, fazendo-o registrar, a menor, a energia consumida, obtendo com isso lucro ilícito em detrimento alheio. - A simples existência de um sistema operacional que possibilite a detecção de fluxo de consumo de energia elétrica fora do padrão não torna o crime impossível de ser praticado. - Somente a inspeção no local pode confirmar a fraude, sendo possível que possa passar despercebida. Tanto que, no caso, somente a prova pericial pôde demonstrar o engodo. - A Companhia Energética de Brasília tem natureza jurídica de sociedade de economia mista, o que a caracteriza como entidade de direito privado, afastando a causa de aumento do art. 171, § 3°, do Código Penal. - Apelação parcialmente provida.

Opostos embargos infringentes, foram estes assim ementados (e-STJ, f.314):

> Penal. Embargos infringentes em apelação criminal. Estelionato. Desclassificação para furto de energia e absolvição por afronta ao princípio da correlação. Impossibilidade. - Se o agente desvia a energia elétrica de sua fonte natural, por meio de ligação clandestina, sem passar pelo medidor, comete o crime de furto. Mas, se o sistema de medição é alterado, mediante fraude, para que aponte resultado menor do que o real consumo, o tipo penal é o de estelionato. - Embargos infringentes conhecidos e não providos.

Na petição de recurso especial, a parte recorrente alega a ocorrência de contrariedade aos art. 155 e 171, do Código Penal - CP.

Afirma que a conduta praticada não se amolda ao crime previsto no art. 171, do Código Penal, "tendo em vista que o tipo exige que o agente induza a vítima a erro, isto é, tal delito envolve pessoas, o que não ocorreu no caso concreto, uma vez que os acusados apenas adulteraram o medidor de energia elétrica para fazê-lo registrar a menor o consumo efetivo, mediante o uso de substância que impedia a medição correta

do relógio, configurando, em tese, o crime previsto no art. 155, § 3°, do Código Penal. Além disso, quem é a vítima, do caso, é a empresa, e não os seus prepostos" (e-STJ, f. 333).

Requer, em suma, a absolvição dos recorrentes por ausência de correlação entre a condenação e a conduta por eles praticada.

Decisão de inadmissibilidade do recurso especial, às f. 348/349, afirmando que se encontram presentes os óbices das Súmulas nº 7, do Superior Tribunal de Justiça - STJ, e nº 284, do Supremo Tribunal Federal - STF.

Agravo em recurso especial, às f. 350/353. Contraminuta ao agravo em recurso especial, às f. 356.

Parecer ministerial proferido nos termos da seguinte ementa (e-STJ, f. 370):

> Agravo em recurso especial. Condenação por estelionato. Pleito absolutório. Reexame fático-probatório. Impossibilidade. Súmula nº 7/STJ. - A análise do pleito absolutório dos recorrentes, por suposta ausência de correlação entre a condenação e a conduta por eles praticada, demandaria o reexame do conjunto fático probatório dos autos, tarefa vedada nesta via excepcional (Súmula nº 7/STJ). - Parecer pelo desprovimento do agravo.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK - Atendidos os requisitos de admissibilidade e impugnados os fundamentos da decisão agravada, conheço do agravo.

Passo à análise do recurso especial.

Não merece provimento a pretensão recursal.

A parte recorrente postula, em suma, a absolvição, sustentando que a conduta praticada não se amolda ao crime previsto no art. 171 do Código Penal.

Quanto ao tema, o Tribunal de origem destacou (e-STJ, f. 320):

> O limite cognitivo do presente recurso cinge-se, portanto, em definir se as condutas imputadas aos embargantes se amoldam ao delito de estelionato ou ao de furto de energia elétrica.
>
> Após analisar a questão, com a devida vênia do *decisum* minoritário, tenho que deve prevalecer o entendimento sufragado nos votos majoritários.
>
> No crime de estelionato, conforme abalizada doutrina, a fraude antecede o apossamento da coisa, havendo tradição livre e espontânea do bem entregue ao agente pela vítima, enquanto que no furto, qualificado pela fraude, há a subtração e o agente emprega artifício malicioso apenas para facilitar a retirada da res da posse da vítima.
>
> No caso em tela, verifico que a fraude empregada pelos embargantes reduzia a quantidade de energia registrada pelo relógio medidor, sem que o fornecimento de eletricidade fosse afetado.

> Por meio do gráfico de consumo (f. 22), verifica-se que, após a primeira notificação da CEB, em 24/2/2016, o consumo de energia elétrica do estabelecimento aumentou consideravelmente até o dia 28/2/2016, quando agentes da companhia elétrica notaram a possibilidade de instalação de novo artifício fraudulento, tendo em vista a queda na medição a partir de então. Ato contínuo, retornaram ao local, em companhia de policiais civis, e identificaram novamente que as fases "A" e "B", do medidor, estavam isoladas por um material de cor transparente, tal como na primeira fraude verificada, sendo que apenas a fase "C" estava registrando o consumo, conforme Laudo de Exame de Local (f. 72/80). Houve, portanto, o uso de artifício que induziu a vítima em erro, com resultado fictício, do que acarretou a obtenção de vantagem ilícita aos embargantes.
>
> As condutas de fraudar antecedem à entrega do bem, isto é, ao fornecimento da energia elétrica que, de início, era contratada.
>
> Com efeito, os fatos descritos na denúncia apresentam as elementares do tipo penal, descrito no art. 171, *caput*, do Código Penal, pois a res ingressou no patrimônio dos embargantes por espontânea vontade da vítima, embora tenha sido previamente fraudado o sistema de medição por ato dos recorrentes.

Restou expressamente consignado no acórdão recorrido que a fraude empregada pelos embargantes reduzia a quantidade de energia registrada no relógio medidor elétrico.

Extrai-se dos autos, também, que a companhia elétrica passou a desconfiar de erro na medição do relógio a partir da queda brusca ocorrida a partir de 28/2/2016. Que, quando retornou ao local, juntamente com policiais civis, verificou que as fases "A" e "B", do medidor, estavam isoladas por um material transparente, que permitia a alteração do relógio e, consequentemente, a obtenção de vantagem ilícita aos ora agravantes pelo menor consumo/pagamento de energia elétrica - por induzimento em erro da companhia de eletricidade.

Este Tribunal já se posicionou no sentido de que, no "furto qualificado com fraude, o agente subtrai a coisa com discordância expressa ou presumida da vítima, sendo a fraude meio para retirar a res da esfera de vigilância da vítima, enquanto no estelionato o autor obtém o bem através de transferência empreendida pelo próprio ofendido por ter sido induzido em erro" (AgRg no REsp nº 1279802/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 8/5/2012, *DJe* de 15/5/2012). Eis a ementa do acórdão:

> Penal. Desclassificação do crime de furto de energia elétrica para o delito de estelionato. Exame. Inviabilidade. Súmula nº 7/STJ. - No furto qualificado com fraude, o agente subtrai a coisa com discordância expressa, ou presumida, da vítima, sendo a fraude meio para retirar a res da esfera de vigilância da vítima, enquanto no estelionato o autor obtém o bem através de transferência empreendida pelo próprio ofendido por ter sido induzido em erro. - *In casu*, a Corte *a quo*, após análise das provas constantes dos autos, reconheceu o crime de furto mediante fraude, porque a concessionária de prestação de serviço público não tinha conhecimento da fraude perpetrada quanto às trocas dos transformadores, que passaram a registrar consumo de energia elétrica a menor, situação típica do crime descrito no art. 155, do Diploma Penalista, razão pela qual conclusão em sentido contrário quanto à caracterização do delito tipificado no art. 171, do mesmo Estatuto Repressor, demandaria o revolvimento do material fático/probatório, o que é vedado pela Súmula nº 7/STJ. - Agravo regimental a que se nega provimento.

Não desconheço precedente firmado nos autos do RHC nº 62437/SC, em 2016, em que o Ministro Nefi Cordeiro, fazendo referência ao julgado citado acima, consigna que a subtração de energia por alteração de medidor sem o conhecimento da concessionária, melhor se amolda ao delito de furto mediante fraude e não ao de estelionato.

No entanto, com vênias de estilo, entendo que a matéria não foi discutida por esta Corte, nem mesmo no precedente citado, porque, quanto ao tema, foi aplicada a Súmula nº 7/STJ.

Necessário pontuar, também, que há, neste Tribunal, precedente firmado nos idos de 2007, nos autos do *HC* nº 67.829/SP, em que o Ministro Arnaldo Esteves Lima elucidou a questão dizendo que "configura o delito de estelionato a adulteração no medidor de energia elétrica, de modo a registrar menos consumo do que o real, fraudando a empresa fornecedora" (Quinta Turma, DJ de 10/9/2007, p. 260).

No conflito de competência de nº 86.862/GO, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 8/8/2007, restou estabelecido, em sua ementa, que, "embora esteja presente, tanto no crime de estelionato, quanto no de furto qualificado, a fraude atua de maneira diversa em cada qual. No primeiro caso, é utilizada para induzir a vítima ao erro, de modo que ela própria entrega seu patrimônio ao agente. A seu turno, no furto, a fraude visa burlar a vigilância da vítima, que, em razão dela, não percebe que a coisa lhe está sendo subtraída".

No mesmo sentido, o AgRg em CC nº 74.225/SP, de relatoria da Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG).

Em vista da ausência de posicionamento atual sobre a matéria, mormente em sede de recurso especial, e considerando a possível existência de controvérsias, trago à colação algumas interpretações acadêmicas sobre o ponto discutido.

O jurista Rogério Greco bem explicita em sua obra Código Penal Comentado, a diferenciação entre as condutas típicas ao expor que:

> Aquele que desvia a corrente elétrica antes que ela passe pelo registro comete o delito de furto. É o que ocorre, normalmente, naquelas hipóteses em que o agente traz a energia para sua casa diretamente do poste, fazendo aquilo que popularmente é chamado de "gato". A fiação é puxada, diretamente, do poste de energia elétrica para o lugar onde se quer usá-la, sem que passe por qualquer medidor. Ao contrário, se a ação do agente consiste, como adverte Noronha (NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal, v. 2, p. 232), "em modificar o medidor, para acusar um resultado menor do que o consumido, há fraude, e o crime é estelionato, subentendido, naturalmente, o caso em que o agente está autorizado, por via de contrato, a gastar energia elétrica. Usa ele, então, de artifício que induzirá a vítima a erro ou engano, com o resultado fictício, do que lhe advém vantagem ilícita" (GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2008, p. 557).

Fernando Capez aduz o seguinte:

> Furto de energia: O legislador equiparou à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico. Haverá furto na captação da energia antes de sua passagem pelo aparelho medidor. A alteração do aparelho medidor poderá configurar a fraude do crime de estelionato. (*Código Penal comentado*.7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016).

Cleber Masson se posiciona da seguinte forma:

> No furto qualificado, a fraude se presta a diminuir a vigilância da vítima (ou de terceiro) sobre o bem, permitindo ou facilitando a subtração. O bem é retirado da esfera de disponibilidade do ofendido sem que ele perceba a subtração.

> [...]
>
> No estelionato, por sua vez, a fraude se destina a colocar a vítima (ou terceiro) em erro, mediante uma falsa percepção da realidade, fazendo com que ela espontaneamente lhe entregue o bem. Não há subtração: a fraude antecede o apossamento da coisa e é causa para ludibriar sua entrega pela vítima.
>
> Em síntese, no furto qualificado há subtração do bem sem que a vítima a perceba; no estelionato, de outro lado, dá-se a entrega espontânea (embora viciada) do bem pela vítima ao agente. (*Direito Penal esquematizado: parte especial*. vol. 2.10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p.403).

Guilherme Nucci, também, elucida sobre a questão:

> [...]
>
> O cerne da questão diz respeito ao modo de atuação da vítima, diante do engodo programado pelo agente. Se este consegue convencer o ofendido, fazendo-o incidir em erro, a entregar, voluntariamente, o que lhe pertence, trata-se de estelionato; porém, se o autor, em razão do quadro enganoso, ludibria a vigilância da vítima, retirando-lhe o bem, trata-se de furto com fraude. No estelionato, a vítima entrega o bem ao agente, acreditando faze o melhor para si; no furto com fraude, o ofendido não dispõe de seu bem, podendo até entregá-lo, momentaneamente, ao autor do delito, mas pensando em tê-lo de volta. [...]
>
> Embora esteja presente tanto no crime de estelionato quanto no de furto qualificado, a fraude atua de maneira diversa em cada qual. No primeiro caso, é utilizada para induzir a vítima ao erro, de modo que ela própria entrega seu patrimônio ao agente. Por seu turno, no furto, a fraude visa burlar a vigilância da vítima, que, em razão dela, não percebe que a coisa lhe está sendo subtraída. (*Código Penal comentado*. 17. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 960-961).

Ao que se pode concluir dos estudos doutrinários, no furto, a fraude visa diminuir a vigilância da vítima e possibilitar a subtração da res (inversão da posse). O bem é retirado sem que a vítima perceba que está sendo despojada de sua posse. Por sua vez, no estelionato, a fraude objetiva fazer com que a vítima incida em erro e voluntariamente entregue o objeto ao agente criminoso, baseada em uma falsa percepção da realidade.

Como visto, o caso dos autos revela não se tratar da figura do "gato" de energia elétrica, em que há subtração e inversão da posse do bem. Estamos a falar em serviço lícito, prestado de forma regular e com contraprestação pecuniária, em que a medição da energia elétrica é alterada, como forma de burla ao sistema de controle de consumo - fraude - por induzimento em erro, da companhia de eletricidade, que mais se adequa à figura descrita no tipo elencado no art. 171, do Código Penal (estelionato).

É esta a posição a qual me filio.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial.

Certidão

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de maio de 2019 - *Marcelo Pereira Cruvinel - Secretário.*

(Publicado no *DJe* de 13 de maio de 2019.)

Recurso especial - Recuperação judicial - Negativa de prestação jurisdicional - Inexistência - Grupo econômico - Art. 48 da LRF - Atividade regular - Dois anos - Cisão empresarial

1 - Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nº 2 e 3/STJ).

2 - Cinge-se a controvérsia a definir se, em caso de recuperação judicial de grupo econômico, todas as sociedades empresárias devem cumprir individualmente o requisito temporal de 2 (dois) anos previsto no *caput* do art. 48 da Lei nº 11.101/2005.

3 - É possível a formação de litisconsórcio ativo na recuperação judicial para abranger as sociedades integrantes do mesmo grupo econômico.

4 - As sociedades empresárias integrantes de grupo econômico devem demonstrar individualmente o cumprimento do requisito temporal de 2 (dois) anos de exercício regular de suas atividades, para postular a recuperação judicial em litisconsórcio ativo.

5 - Na hipótese, a Rede Varejo Brasil Eletrodomésticos Ltda. - concebida após a cisão de sociedade com mais de 2 (anos) de atividade empresarial regular - pode integrar a recuperação judicial, considerando-se as diversas peculiaridades retratadas nos autos.

6 - Recurso especial provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.665.042 - RS (2017/0074227-5) Relator: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Recorrentes: Volpato Administração e Participações S.A., Lojas Volpato Ltda., Rede Varejo Brasil Eletrodomésticos Ltda. - Advogados: Dárcio Vieira Marques e outros, Giovani Quadros Andrighi, Rafael Brizola Marques - Recorrido: Banco Bradesco S.A. - Advogados: Elói Contini, Tadeu Cerbaro e outros.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide, a Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente) e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sr.ª Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 25 de junho de 2019 - *Ministro Ricardo Villas Boas* Cueva - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA - Trata-se de recurso especial interposto por Volpato Administração e Participações S.A. E outros com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas *a* e

c, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado:

> Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Litisconsórcio ativo. Grupo econômico. Tempo de atividade. Comprovação individual. Art. 48 da LRF. - A existência de grupo econômico e formação de litisconsórcio ativo no pedido de processamento da recuperação judicial não afasta a necessidade de as empresas, isoladamente, comprovarem a presença dos requisitos necessários ao deferimento. - Hipótese em que a agravante Rede Varejo Brasil Eletrodomésticos Ltda. foi constituída há menos de dois anos, não havendo falar em processamento do pedido de recuperação judicial, por desatendido o requisito elencado no art. 48, da Lei nº 11.101/2005.RECURSO PROVIDO (f. 301, e-STJ).Os embargos de declaração foram rejeitados (f. 340/344, e-STJ).

Em suas razões recursais (f. 354/375, e-STJ), os recorrentes alegam violação dos art. 489, § 1º, I e IV, e art. 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, art. 47 e 48, da Lei nº 11.101/2005, e art. 29, § 1º, da Lei nº 6.404/1964.

Asseveram que o acórdão recorrido deixou de analisar matérias relevantes para o deslinde da controvérsia, especialmente as teses acerca dos efeitos da cisão societária e "das repercussões do indeferimento do processamento da Recuperação Judicial para uma empresa do grupo econômico, quando todas elas requerem o benefício em litisconsórcio ativo" (f. 360, e-STJ).

Afirmam que o pedido de recuperação judicial foi formulado em litisconsórcio ativo porque todas as empresas do grupo têm estreita relação de natureza comercial, tributária e financeira.

Ponderam que, em caso de grupo econômico, as responsabilidades são solidárias nas esferas civis, tributárias e trabalhistas, não havendo, por isso, como propor o plano de soerguimento de forma separada.

Aduzem que a exigência do período de 2 (dois) anos de atividade, para formular o pedido de recuperação judicial (LRF), foi estipulado para o caso de uma única sociedade postular a benesse legal, não se aplicando ao caso ora em apreço, visto tratar-se de "grupo econômico, formado por três empresas umbilicamente ligadas, sendo que uma delas nasceu da cisão de outra" (f. 363, e-STJ).

Esclarecem que, apesar de a Rede Varejo Brasil Eletrodomésticos Ltda. não ter 2 (dois) anos de atividade no contrato social, ela sucede os direitos da cindida (Lojas Volpato), dentre eles o de pedir a recuperação judicial, já que a última possui mais de 40 (quarenta) anos de atividades empresariais.

Ressaltam que, no processo de cisão, foram transferidas para a Rede Varejo as 23 (vinte e três) filiais instaladas em Santa Catarina, sendo que todas essas lojas foram criadas entre 6/7/2000 a 16/10/2014.

Sustentam que o desmembramento da sociedade não teve por objetivo fraudar credores, o que ocorreria somente se "as empresas, em vias de recuperação, trespassassem seu patrimônio e seus ativos para uma empresa com menos de 2 anos, para deixá-la fora das responsabilidades" (f. 366, e-STJ).

Com as contrarrazões (f. 411/417, e-STJ), a Terceira Vice-Presidência da Seção de Direito Privado do Tribunal de origem admitiu o presente recurso (f. 424/433, e-STJ).

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA - O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nº 2 e 3, STJ).

A irresignação merece prosperar.

Cinge-se a controvérsia a definir se, em caso de recuperação judicial de grupo econômico, todas as sociedades empresárias devem cumprir individualmente o requisito temporal de 2 (dois) anos previsto no *caput* do art. 48, da Lei nº 11.101/2005.

1.Do histórico da demanda.

Na origem, Volpato Administração e Participações S.A., Lojas Volpato Ltda. e Rede Varejo Eletrodomésticos Ltda., requereram a recuperação judicial do grupo econômico (f. 25/26, e-STJ).

O magistrado de primeiro grau deferiu o pedido formulado por Volpato Administração e Participações S.A., Lojas Volpato Ltda. No entanto, o requerimento relativo à Rede Varejo S.A. foi indeferido ao argumento de que "não está constituída há mais de dois anos" (f. 63/83, e-STJ).

Apresentado pedido de reconsideração (f. 103/118, e-STJ), o Juízo de piso acolheu o requerimento para permitir a recuperação judicial de todas as sociedades do grupo econômico, consoante os seguintes fundamentos:

> [...]Razão assiste às requerentes, de forma parcial, quanto aos pedidos apresentados.
>
> De fato, na decisão de f. 653/654, foi observado, objetivamente, que a empresa Rede Varejo Brasil Eletrodomésticos Ltda. não havia sido constituída há mais de 2 anos, o que não atenderia ao requisito do art. 48, da Lei nº 11.101/2005.
>
> Todavia, como ressaltam as requerentes, cuida-se de empresa que faz parte do Grupo Econômico que postula a recuperação judicial, de forma que o afastamento de uma das empresas poderá resultar em fracasso antecipado quanto ao objetivo da ação ajuizada, que é justamente obter a recuperação judicial do Grupo Econômico. Também demonstrado, agora de forma mais detalhada, o que atente ao dever/poder recíproco de cooperação entre julgados e partes do processo, nos termos do art. 6º, do NCPC, que a empresa em questão, Rede Varejo Brasil Eletrodomésticos Ltda., na realidade, é resultado da cisão parcial das Lojas Volpato Ltda., empresa esta constituída há muitos anos, sendo essas duas controladas pela Volpato Administração e Participação S.A. Também revela importante destacar que a empresa Rede Varejo Brasil Eletrodomésticos Ltda., conquanto constituídas há menos de 2 (dois) anos, tornou-se "controladora" de 23 (vinte e três) filiais, do Grupo Empresarial, instaladas no estado de Santa Catarina, lojas estas que foram, quase todas, constituídas há mais de 2 (dois) anos, a revelar que a empresa Rede, efetivamente, sucedeu em direitos e obrigações da outra empresa constituída há muitos anos.
>
> De fato, a Lei nº 11.101/2005 não prevê esta situação verificada no caso dos autos, como também não prevê a possibilidade de um Grupo Empresarial, constituído por várias empresas, de formarem um litisconsórcio ativo no pedido de recuperação judicial, amplamente admitido pela Jurisprudência, com o que, a situação observada quanto à empresa Rede Varejo Brasil Eletrodomésticos Ltda., por ser sucessora parcial de uma das empresas que forma o Grupo Empresarial, deve ser tratada de forma idêntica. Ou seja, sua admissão na recuperação judicial junto com as co-irmãs, deve ser admitida. Possibilita-se, com

> isso, viabilizar a preservação da empresa, objetivo do modelo legal de recuperação judicial, insculpido esse princípio no art. 47, da Lei nº 11.101/05.
>
> Tal princípio estabelece que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação daquela, sua função social e o estímulo à atividade econômica.
>
> Com tudo isso, retifico parte da decisão judicial de f. 652/661, para o fim de admitir o processamento da empresa Rede Varejo Brasil Eletrodoméstico Ltda. (f. 119/124, e-STJ).

Interposto, agravo de instrumento por Banco Bradesco S.A., o Tribunal de origem deu provimento ao recurso para indeferir a recuperação judicial formulada por Rede Varejo Eletrodomésticos Ltda. nos seguintes termos:

> Em apertada síntese, cuida-se de processo de recuperação judicial das empresas ora agravantes, sendo a controvérsia recursal limitada à inclusão da empresa Rede Varejo Brasil Eletrodomésticos Ltda. no polo ativo do pedido de processamento da recuperação.
>
> Pois bem. Ainda que possa ser admitida a existência de grupo econômico entre as empresas agravantes, tal, por si só, não afasta a necessidade de atendimento ao disposto no art. 48 da Lei nº 11.101/05, a saber, a comprovação de atividade da empresa há mais de dois anos: [...]
>
> No caso, a agravante Rede Varejo foi constituída, por conveniência das agravantes, apenas em 7/7/2015, poucos meses antes do ajuizamento do pedido de processamento da recuperação (4/3/2016), por meio de cisão parcial da Lojas Volpato Ltda., sendo, àquela, transferidas 23 filiais localizadas no estado de Santa Catarina, situação reconhecida pelas próprias recorrentes. [...]
>
> Importa destacar que o instituto da recuperação judicial tem por finalidade possibilitar a manutenção da atividade produtiva das empresas que, isoladamente, preencham os requisitos legais, mesmo na hipótese de litisconsórcio passivo. Também, deve ser ressaltada a possibilidade, em tese, de cometimento de fraudes, com a constituição de empresa às vésperas da apresentação do pedido de recuperação judicial. [...]
>
> Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, ao efeito de excluir do polo ativo da recuperação judicial a Rede Varejo Brasil Eletrodomésticos Ltda. (f. 301/311, e-STJ).

Os embargos de declaração foram rejeitados (f. 340/344, e-STJ).

2. Da inexistência de negativa de prestação jurisdicional.

No tocante à alegada violação dos art. 489, § 1º, I e IV, e 1.022, do CPC/2015, agiu corretamente o Tribunal de origem ao rejeitar os embargos declaratórios diante da inexistência de omissão, obscuridade ou contradição no acórdão recorrido, ficando patente, em verdade, o intuito infringente da irresignação, que objetivava a reforma do julgado por via inadequada. Ademais, não significa omissão o fato de o aresto impugnado adotar fundamento diverso daquele suscitado pelas partes. Dessa forma, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional.

Nesse sentido:

Processual civil. Tributário. Precatório. Acordo homologado pelo juiz da central de conciliação (CEPREC). Interpretação restritiva. Violação do art. 535, do CPC/73. Não ocorrência. Revisão de fatos e provas. Impossibilidade. - Não havendo, no acórdão recorrido, omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535, do Código de Processo Civil de 1973. - Hipótese em que o Tribunal de origem amparou-se inteiramente na análise das provas dos autos. Rever tal entendimento implica reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial. Enunciado nº 7, da súmula do STJ. - Agravo interno improvido.(AgInt no REsp nº 1.659.253/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, j. em 21/11/2017, *DJe* de 27/11/2017).

3.Da recuperação judicial do grupo econômico e do cumprimento do requisito temporal de 2 (dois) anos.

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação de crise financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A Lei nº 11.101/2005, ao reputar o devedor como sendo o empresário ou a sociedade empresária (expressões usadas no singular pela LRF), deixou de disciplinar a possibilidade de apresentação conjunta do pedido de recuperação judicial por sociedades empresárias que componham determinado grupo econômico. Portanto, não dispôs acerca da formação do litisconsórcio ativo.

Todavia, conforme o art. 189 da LRF, o Código de Processo Civil (CPC) é aplicável subsidiariamente aos processos de recuperação judicial e de falência. Desse modo, as normas da legislação adjetiva brasileira visam suprir, no que for compatível, eventuais lacunas contidas no referido estatuto concursal.

Observa-se, inclusive, que no texto da LRF há diversos dispositivos que remetem à utilização do procedimento ordinário previsto no CPC: (i) art. 10, § 6º; (ii) art. 19, *caput*; (iii) art. 82, *caput*; (iv) art. 134, e (v) art. 142, § 3º. Por conseguinte, é evidente a interdependência entre os mencionados atos normativos.

Nesse contexto, vários doutrinadores sustentam a possibilidade de o pedido de soerguimento ser formulado por grupo econômico, haja vista as normas a respeito do litisconsórcio inseridas no CPC não se revelarem, a seu turno, incompatíveis com o processo recuperacional e falimentar.

Para Ricardo Brito Costa, a formação do litisconsórcio ativo na recuperação judicial está autorizado pelo inciso IV, do art. 46, do CPC/1973: "Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: [...] IV - ocorrer afinidades de questões por um ponto comum de fato ou de direito." (*Recuperação judicial: é possível o litisconsórcio ativo?*. Revista do advogado nº 105 - Ano XXIX, Setembro de 2009, pág. 178)

No mesmo sentido, eis as seguintes lições doutrinárias:

> [...] E tal entendimento efetivamente se apresenta correto, de vez que, verificada a comunhão de direitos e obrigações entre as empresas componentes de um mesmo grupo, fica escancarada a utilidade/necessidade do litisconsórcio ativo na recuperação judicial, de maneira a propiciar uma solução integral à crise econômico-financeira do grupo econômico. [...]
>
> Em suma, vale o litisconsórcio ativo, nos casos em que a situação de crise afete todas as sociedades, ou, ao menos, todas aquelas que atuam em um mesmo ramo de atividade, ou em atividades relacionadas

> entre si, no chamado "efeito dominó". (ELIAS, Luis Vasco. *10 anos da recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pág. 215)

> [...] Dada a hipótese em que, para a superação da situação de crise por que passa a empresa (muitas vezes plurissocietária), seja necessário o envolvimento de duas ou mais sociedades integrantes de um grupo econômico, inclusive por envolver reestruturações societárias de tais sociedades, mister se faz tratar da possibilidade de a recuperação judicial se processar em litisconsórcio.

> De antemão, é importante destacar que tal hipótese não foi disciplinada pela LRF, todavia, tal possibilidade encontra guarida nos princípios da celeridade e economia processual, que devem nortear quaisquer processos judiciais e vem, de forma mais explícita, ainda que tratando da hipótese de falência, no parágrafo único do art. 75, da LRF. E tal não poderia ser diferente, pois, como acima explicitado, há um interesse comum de que a empresa como um todo supere a situação de crise econômico-financeira, independentemente da organização societária que ela reflete, realizando o fim último da preservação da empresa. (BORGES, Leandro Vilarinho. *Meios de recuperação: reestruturação societária de grupo de sociedade*. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro - Ano nº XLVIII. São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 351)

Diante disso, não se pode olvidar da existência das organizações empresariais plurissocietárias, caracterizadas por entrelaçamentos contratuais com responsabilidades cruzadas, decorrente, em tese, da necessidade de união de esforços com o propósito de obter maior lucro, de reduzir custos e de aumentar a participação em um mercado cada vez mais complexo e competitivo.

Por oportuno, Arnaldo Rizzardo explica a designação dos grupos econômicos de fato e direito sobre o viés societário, baseando-se, inclusive, nas precisas lições de Aflredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira:

> [...] De um lado, o grupo de sociedades compreende a coligação ou união de duas ou mais sociedades, abrangendo as sociedades coligadas, as controladoras e as controladas, ou formas diferentes de reunião. Mais apropriadamente, organizam-se as sociedades de modo a formar um inter-relacionamento, para a realização de atividades comuns. Constitui-se uma 'sociedade de sociedades', o que se dá através da aprovação pela assembleias gerais de cada sociedade. Oportuna a explicação de Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira: 'A vinculação de duas ou mais sociedades mediante relações de participação societária dá origem a uma estrutura de sociedades, e quando essa estrutura é hierarquizada (ou seja, uma sociedade detém o poder de controlar outra ou outras), é usualmente designada como 'grupo de sociedades', que pode ser de fato (baseado apenas nas relações de participação societária e de controle) ou de direito (se, além disso, é regulado por convenção de grupo registrada nos termos do Capítulo XXI da Lei nº 6.404/1976). (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Direito de empresa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pág. 623).

Sheila C. Neder Cerezetti esclarece acerca dos resultados perniciosos de não considerar o grupo econômico no cenário da crise de econômico-financeira na ótica (i) do direito dos credores, e (ii) das chances de sucesso da medida de reestruturação empresarial sem observar tal realidade fática:

> [...]Quanto à primeira, a inexistência de um processo concursal de grupo faz com que as relações de débito e crédito sejam aferidas especificamente entre o credor e a sociedade devedora, sem que se considere pertencer esta a um grupo societário. Não há dúvidas de que disso decorre potencial tratamento injusto a credores, dado que as regras concursais se propõem a lidar com sociedades com responsabilidade limitada e patrimônio autônomo, mesmo se, na prática, a administração das sociedades agrupadas consiga

> alargar as fronteiras dessa limitação e compor atividades empresariais no interesse de uma ou de outra sociedade. Assim, muito embora as organizações empresariais estejam ligadas por relações societárias que afetam diretamente a forma como os seus negócios são traçados e como elas se relacionam com terceiros, a lei as trata como unidades independentes.
>
> Quanto à segunda, não se pode fechar os olhos para o fato de que as dificuldades financeiras da empresa plurissocietária não raro atingem toda a estrutura grupal, do topo à base, e esse cenário rapidamente se traduz no famoso efeito dominó, em que a crise de uma sociedade facilmente influencia a idoneidade financeira de outros membros do grupo. O sucesso da reestruturação depende, então, da adoção de medida capaz de evolver muitas, se não todas, das sociedades que contribuem para o desempenho da atividade. (*Processo societário II: adaptado ao novo CPC* - Lei nº 13.105/2015. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pág. 748).

Dessa forma, a admissão do litisconsórcio ativo na recuperação judicial obedece a dois importantes fatores: (i) a interdependência das relações societárias formadas pelos grupos econômicos e a necessidade de superar simultaneamente o quadro de instabilidade econômico-financeiro e (ii) a autorização da legislação processual civil para as partes (no caso, as sociedades) litigarem em conjunto no mesmo processo (art. 113, do CPC/2015, e 46, do CPC/1973) e a ausência de colisão com os princípios e os fundamentos preconizados pela LRF.

Superado esse ponto, o *caput* do art. 48, da LRF, prescreve que a recuperação judicial pode ser requerida pelo devedor que no momento do pedido exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos, fazendo a comprovação por meio de certidão emitida pela respectiva Junta Comercial na qual conste a inscrição do empresário individual ou o registro do contrato social ou do estatuto da sociedade.

Por sua vez, a jurisprudência desta Corte Superior entende que o mencionado requisito temporal deve ser em atividade idêntica ou correlata:

> Recurso especial. Processual civil e recuperação judicial. Inteligência do art. 48, *caput*, da Lei nº 11.101/2005. Devedor. Exercício regular das atividades há mais de dois anos. Mudança de ramo. Ilegitimidade ativa. Extinção do processo sem resolução de mérito. Recurso parcialmente provido. - O exercício regular de atividade empresária reclama inscrição da pessoa física ou jurídica no Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial). Trata-se de critério de ordem formal. - Assim, para fins de identificar "o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades", a que alude o *caput* do art. 48, da Lei nº 11.101/2005, basta a comprovação da inscrição no Registro de Empresas, mediante a apresentação de certidão atualizada. - Porém, para o processamento da recuperação judicial, a lei, em seu art. 48, não exige somente a regularidade no exercício da atividade, mas também o exercício por mais de dois anos, devendo-se entender tratar-se da prática, no lapso temporal, da mesma atividade (ou de correlata) que se pretende recuperar. - Reconhecida a ilegitimidade ativa do devedor para o pedido de recuperação judicial, extingue-se o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. - Recurso especial parcialmente provido. (REsp nº 1.478.001/ES, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 10/11/2015, *DJe* de 19/11/2015 - grifou-se).

O prazo de 2 (dois) anos tem como objetivo principal conceder a recuperação judicial apenas a empresários ou a sociedades empresárias que se acham, de certo modo, consolidados no mercado e que apresentem certo grau de viabilidade econômico-financeira capazes de justificar o sacrifício dos credores.

Segundo Marlon Tomazzete, apenas em relação a empresas sérias, relevantes e viáveis "é que se justifica o sacrifício dos credores em uma recuperação judicial. Uma empresa exercida há menos de dois anos ainda não possui relevância para a economia que justifique a recuperação" (TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. pág. 60).

Em idêntica linha de raciocínio, Fábio Ulhoa Coelho leciona que "não concede a lei acesso à recuperação judicial aos que exploram empresas há menos tempo, por presumir que a importância desta para a economia local, regional ou nacional ainda não pode ter-se consolidado." (. *Comentários à lei de falências e de recuperação judicial*. São Paulo: 2011. pág. 181)

Eis, ainda, as lições de Arnoldo Wald e Ivo Waisberg:

> [...]
>
> O prazo de 2 anos de vida foi estabelecido pelo legislador como o marco temporal necessário para separar os casos de crise dos empreendimentos iniciantes, correspondendo à mortalidade infantil, daquela por que passa uma empresa já estável no mercado. Se, na lei anterior, o intuito era afastar possíveis aventureiros, a razão da manutenção do prazo em 2 anos na lei atual é o reconhecimento do fato de que, na economia brasileira, empreendimentos iniciantes estão mais suscetíveis à quebra do que ao sucesso. O requisito mínimo de existência contribui para a credibilidade da recuperação judicial, na medida em que só autoriza a concessão do pedido às empresas que já tenham adquirido certo nível de consolidação e maturidade no mercado. (*Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. Coord. Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pág. 328).

Em se tratando de grupo econômico, cada sociedade empresária deve demonstrar o cumprimento do requisito temporal de 2 (dois) anos, pois elas conservam a sua individualidade e, por conseguinte, apresentam a personalidade jurídica distinta das demais integrantes da referida coletividade.

Essa é a lição de Fábio Ulhoa Coelho:

> [...] A lei não cuida da hipótese, mas tem sido admitido o litisconsórcio ativo na recuperação, desde que as sociedades empresárias requerentes integrem o mesmo grupo econômico, de fato ou de direito, e atendam, obviamente, todas aos requisitos legais de acesso à medida judicial. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falência e de recuperação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010. pág. 139)

Igual entendimento também foi adotado no parecer do MPF:

> [...] Realmente, a comprovação do exercício de atividade empresarial há mais de 2 (dois) anos constitui condição *sine qua non* para o processamento do pedido de recuperação judicial, na forma do art. 48, da Lei nº 11.101/2005. Tratando-se de pedido formulado por grupo econômico (hipótese de litisconsórcio ativo), todas as sociedades empresariais que o compõe deverão individualmente preencher os requisitos legais para a obtenção do favor legal. (f. 450, e-STJ).

Na situação dos autos, o grupo econômico é formado pelas Lojas Volpato Ltda. e Rede Varejo Brasil Eletrodoméstico Ltda., ambas controladas pela Volpato Administração e Participações S.A. (*holding*).

É incontroverso que a Rede Varejo Brasil Eletrodoméstico Ltda., sociedade resultante da cisão parcial das Lojas Volpato Ltda., não havia cumprido o prazo de 2 (dois) anos de exercício regular da atividade empresarial, circunstância que a afastaria, em tese, da possibilidade de requerer a recuperação judicial.

Todavia, no processo de cisão das Lojas Volpato, foram transferidas para a Rede Varejo 23 (vinte e três) filiais do grupo empresarial instaladas no Estado de Santa Catarina, cujas unidades foram, quase todas, constituídas há mais de 2 (dois) anos. Ou seja, a Rede Varejo sucedeu todos os direitos e obrigações de outras sociedades concebidas pelo período superior ao exigido pelo art. 48, *caput*, da LRF.

Por oportuno, o § 1º, do art. 229, da Lei nº 6.404/1976, ao tratar do procedimento de cisão das sociedades anônimas, estabelece que "a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão".

Com efeito, tanto a sociedade cedente, Lojas Volpato, quanto as lojas que ficaram sob o comando da Rede Varejo cumpriram o biênio legal.

É válido ressaltar que a cisão não ocasionou alteração do objeto social, tampouco a interrupção das atividades empresariais tanto da sociedade cedente e quanto da cindida.

Sérgio Campinho ensina que, em caso de transformação societária, poderá haver o cômputo do exercício anterior para atingir o prazo de 2 (dois) anos, desde que não haja a descontinuidade da empresa:

> [...] A transformação registral garante, dessa forma, a permanência da regularidade da atividade empresária, que não sofre relação de continuidade diante da alteração do titular da empresa. Em sendo assim, haverá o cômputo do exercício anterior para que se possa atingir o prazo de mais de dois anos de exercício regular da atividade por lei exigido. Em outros termos, o empresário individual ou a sociedade empresária (pluripessoal ou unipessoal) requerente da recuperação judicial poderá legitimamente aproveitar o período de exercício regular anterior à implementação registral, para somá-la àquele realizado após o evento (CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. pág. 136).

Assim, conforme o referido ensinamento doutrinário, se a sociedade anterior tinha mais de 2 (anos) de atividade empresarial, a nova - objeto da cisão - não precisa cumprir novamente o biênio.

Além disso, o aresto ora impugnado denegou o pedido da Rede Varejo ao fundamento de que possível o "cometimento de fraudes com a constituição de empresas às vésperas da apresentação do pedido de recuperação judicial" (f. 307, e-STJ). Entretanto, esse argumento da Corte local não se embasou em fatos concretos que evidenciassem o intuito fraudulento da cisão empresarial.

Assim, assiste razão aos ora recorrentes quando afirmam que "fraude existiria se as empresas em vias de recuperação trespassassem seu patrimônio e seus ativos para uma empresa com menos de 2 anos, para deixá-las fora das responsabilidades" (f. 365, e-STJ).

Logo, embora a Rede Varejo não tenha 2 (dois) anos de atividade no contrato social, tem direito de postular, no caso, a recuperação judicial diante das peculiaridades anteriormente expostas.

4. Do dispositivo.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para permitir a recuperação judicial da recorrente Rede Varejo Brasil Eletrodomésticos Ltda., ficando prejudicada a tutela requerida nos autos da TP nº 1.665.042-RS.

É o voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Terceira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente) e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sr.ª Ministra Nancy Andrighi.

Brasília , 25 de junho de 2019 - *Ministro Ricardo Villas Boas* Cueva - Relator.

(Publicado no *DJe* de 1º de julho de 2019.)

Direito administrativo - Repercussão geral -Controvérsia de índole constitucional acerca do teto aplicável aos Procuradores do Município - Subsídio do desembargador de Tribunal de Justiça, e não do prefeito - Funções essenciais à justiça - Recursoextraordinário provido

1 - Os Procuradores Municipais integram a categoria da Advocacia Pública inserida pela Constituição da República dentre as cognominadas funções essenciais à Justiça, na medida em que também atuam para a preservação dos direitos fundamentais e do Estado de Direito.

2 - O teto de remuneração fixado no texto constitucional teve como escopo, no que se refere ao *thema decidendum*, preservar as funções essenciais à Justiça de qualquer contingência política a que o Chefe do Poder Executivo está sujeito, razão que orientou a aproximação dessas carreiras do teto de remuneração previsto para o Poder Judiciário.

3 - Os Procuradores do Município, consectariamente, devem se submeter, no que concerne ao teto remuneratório, ao subsídio dos desembargadores dos Tribunais de Justiça estaduais, como impõe a parte final do art. 37, XI, da Constituição da República.

4 - A hermenêutica que exclua da categoria "Procuradores" - prevista no art. 37, XI, parte final, da CRFB/88 - os defensores dos Municípios é inconstitucional, haja vista que *ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet*.

5 - O termo "Procuradores", na axiologia desta Corte, compreende os procuradores autárquicos, além dos procuradores da administração direta, o que conduz que a mesma *ratio legitima*, por seu turno, a compreensão de que os procuradores municipais, também, estão abrangidos pela referida locução. Precedentes de ambas as Turmas desta Corte: RE 562.238 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, *DJe* de 17/4/2013; RE 558.258, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, *DJe* de 18/3/2011.

6 - O texto constitucional não compele os Prefeitos a assegurarem aos Procuradores Municipais vencimentos que superem o seu subsídio, porquanto a lei de subsídio dos procuradores é de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo municipal, *ex vi* do art. 61, § 1º, II, *c*, da Carta Magna.

7 - O Prefeito é a autoridade com atribuição para avaliar politicamente, diante do cenário orçamentário e da sua gestão de recursos humanos, a conveniência de permitir que um Procurador do Município receba efetivamente mais do que o Chefe do Executivo municipal.

8 - As premissas da presente conclusão não impõem que os Procuradores Municipais recebam o mesmo que um Desembargador estadual, e, nem mesmo, que tenham, necessariamente, subsídios superiores aos do Prefeito.

9 - O Chefe do Executivo municipal está, apenas, autorizado a implementar, no seu respectivo âmbito, a mesma política remuneratória já adotada na esfera estadual, em que os vencimentos dos Procuradores dos Estados têm, como regra, superado o subsídio dos governadores.

10 - *In casu*, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a sentença favorável à associação autora para julgar improcedentes os pedidos, considerando que o art. 37, XI, da Constituição da República, na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 41/03, fixaria a impossibilidade de superação do subsídio do Prefeito no âmbito do Município; (b) adaptando-se o acórdão recorrido integralmente à tese fixada neste recurso extraordinário, resta inequívoco o direito da recorrente de ver confirmada a garantia de seus associados de terem, como teto remuneratório, noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

11 - Recurso extraordinário provido.

TESE DA REPERCUSSÃO GERAL: A expressão "Procuradores", contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição da República, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que eles se inserem nas funções essenciais à Justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 663.696 - MG - Relator: MINISTRO LUIZ FUX

Recte.: Associação dos Procuradores Municipais de Belo Horizonte - APROMBH - Recdo.: Município de Belo Horizonte - *Am. Curiae.*: Associação Nacional dos Procuradores Municipais - ANPM: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil: Confederação Nacional de Municípios

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 (Vice-Presidente), na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, apreciando o tema 510 da repercussão geral, em dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Teori Zavascki e Rosa Weber. Em seguida, fixou-se a seguinte tese: "A expressão 'Procuradores', contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição da República, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que eles se inserem nas funções essenciais à Justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal". Impedido o Ministro Roberto Barroso. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes por suceder o Ministro Teori Zavascki. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, que já havia votado em assentada anterior, e Dias Toffoli (Presidente).

Brasília, 28 de fevereiro de 2019. - *Ministro Luiz Fux* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Trata-se de recurso extraordinário interposto por Associação dos Procuradores Municipais de Belo Horizonte - APROMBH - com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. A ementa da decisão impugnada restou assim redigida:

> Constitucional e administrativo. Procuradores municipais. Remuneração. Limite. Subsídio do prefeito. Art. 37, inciso XI, da Constituição Federal. Nos termos da norma do art. 37, inciso XI, da CF/88, a remuneração devida aos Procuradores Municipais encontra limite no valor do subsídio do Prefeito, impondo-se destacar que, por óbvia hermenêutica do referido dispositivo constitucional, os Procuradores e Defensores referidos na parte final da norma são os da esfera estadual.

Na origem, a recorrente ajuizou demanda de natureza coletiva em face do Município de Belo Horizonte, pleiteando a declaração de que aos Procuradores Municipais seria aplicável o limite remuneratório do subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, e não o do Prefeito, em interpretação do disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional nº 41/03. Com base nisso, formulou também pedido de condenação do recorrido à restituição de valores retidos em razão da exegese alegadamente incorreta do teto constitucional.

Em primeiro grau, os pedidos foram julgados procedentes (f. 228-232). Após a interposição de apelação pelo réu, bem como de apelação adesiva pela autora no que concerne exclusivamente à majoração dos honorários advocatícios, o Tribunal de Justiça Estadual reformou a sentença para julgar improcedentes os pedidos, adotando a ementa acima transcrita (f. 326-327 e f. 330-335).

Em sua fundamentação, o Tribunal *a quo* assentou que o art. 37, XI, da Constituição Federal, na redação conferida pela Emenda nº 41/03, fixaria a impossibilidade de superação do subsídio do Prefeito no âmbito do Município, e que a parte final do dispositivo - "(...) e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos" - aplicar-se-ia somente à "esfera estadual, por óbvia hermenêutica da aludida norma", notadamente porque "não há na Constituição Federal qualquer dispositivo que regulamente ou preveja a carreira dos Procuradores Municipais, o que é transferido para a legislação infraconstitucional". Por fim, foi afirmado que "não faria sentido norma constitucional estabelecer em eu (*sic*) corpo um limite para, no mesmo dispositivo, contrariá-lo, como quer fazer crer a Associação dos Procuradores do Município de Belo Horizonte".

Contra o referido acórdão foram interpostos, pelo autor, embargos de declaração apontando omissões e pugnando pelo explícito prequestionamento das questões constitucionais deduzidas na demanda, ao final rejeitados pela 6ª Câmara do TJMG (f. 344-348).

No recurso extraordinário, que ascendeu a este Supremo Tribunal Federal após o provimento de agravo de instrumento contra decisão que lhe negara seguimento na instância de origem (f. 370-371 c/c f. 400), alega o recorrente, preliminarmente, que a repercussão geral estaria presente *in casu*, porquanto a solução a ser conferida à matéria "repercutirá em todos os Municípios nos quais haja instalada a Advocacia Pública Municipal". No mérito, sustenta a Associação dos Procuradores Municipais de Belo Horizonte - APROMBH

que (i) a interpretação literal do art. 37, XI, da CF não resistiria à interpretação teleológica e sistemática dos dispositivos que versam sobre a Advocacia Pública na Constituição - art. 131 e 132 -, que teriam se furtado a disciplinar de modo uniforme o regime das Procuradorias Municipais tão-somente em razão da heterogeneidade dos mais de cinco mil Municípios brasileiros; (ii) o termo "Procuradores", no contexto do art. 37, XI, da CF, seria voltado a designar "os membros da Advocacia Pública, seja no plano municipal, no estadual e distrital ou no federal"; (iii) há sensível distinção entre a redação atribuída pelo constituinte ao art. 132 da CF, no qual se mencionam os "Procuradores dos Estados e do Distrito Federal", e a literalidade do art. 37, XI, da CF, em que consta menção genérica aos "Procuradores"; (iv) a intepretação abrangente do termo "Procuradores" teria sido sufragada pela Procuradoria Geral da República em parecer ofertado ao RE nº 543.253-SP, da relatoria do Min. Celso de Mello; e (v) "no âmbito da Advocacia Pública (nos Estados, no Distrito Federal, ou nos Municípios, se houver), impõe-se garantir a profissionalização da atividade, com vinculação da remuneração dos Advogados Públicos, não ao Prefeito (que não exerce profissão), mas aos Desembargadores (que exercem profissão jurídica)".

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso extraordinário, conforme certidão de f. 368.

A Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM) foi admitida como *amicus curiae*. Acostou aos autos parecer defendendo que o termo "Procuradores" constante do art. 37, XI, da Constituição alcança também os Procuradores Municipais, de modo que seu teto remuneratório é o subsídio de desembargador estadual.

É o relatório.

Voto

Repercussão geral

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes, iniciarei o voto analisando, em sede de preliminar, a admissibilidade deste recurso extraordinário, para, em seguida, passar ao mérito da controvérsia.

I. Preliminar.

Admissibilidade do recurso extraordinário.

Ab initio, reafirmo a admissibilidade deste recurso extraordinário submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Quanto à indispensável ofensa direta à Carta da República, verifica-se, de plano, situação de densidade constitucional a demandar o enfrentamento por esta Corte, na medida em que o debate gira em torno da suposta ofensa aos art. 37, XI, e 132 da Constituição da República de 1988. O *thema decidendum* contido neste feito, subordinado à sistemática da repercussão geral, reclama a deliberação do Plenário de modo a assentar tese uniforme no que se refere ao parâmetro a ser adotado para o teto da remuneração dos Procuradores Municipais: (i) se o subsídio dos Prefeitos, ou (ii) o dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça estaduais.

Prosseguindo no exame preliminar, consigno o preenchimento de todos os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso, notadamente a tempestividade, o prequestionamento, a legitimidade e o interesse

recursal, além do indispensável reconhecimento da repercussão geral da matéria (Tema nº 510 do Plenário Virtual).

Conheço, pois, do presente recurso extraordinário e passo ao exame de mérito.

II. Mérito.

Como salientado, busca-se, no presente recurso extraordinário, perquirir a correta compreensão do alcance do art. 37, XI, da Carta da República, na redação dada pela EC nº 41/03, quanto ao teto de remuneração aplicável aos Procuradores Municipais. A controvérsia se refere ao alcance da expressão "Procuradores" contida na parte final do aludido inciso, porquanto, no processo hermenêutico, exsurge a dúvida sobre se ela, também, agasalha a carreira de Procurador Municipal, implicando, assim, a sujeição dos referidos agentes públicos ao mesmo teto que o aplicável aos desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados. Caso contrário, os Procuradores Municipais teriam de se submeter ao teto de remuneração aplicável ao Prefeito, teto de remuneração dos agentes públicos municipais.

Inicialmente, importante recordar a evolução do dispositivo constitucional em debate. Em sua dicção primitiva, ao veicular disposições gerais aplicáveis à Administração Pública estabelecia, *in verbis:*

> Art. 37. (...).
>
> XI - A lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito.

Em sequência, com a edição da Emenda Constitucional nº 19/98, o texto do inciso XI do art. 37 foi alterado, passando a ser assim redigido:

> Art. 37. (...).
>
> XI - A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Tal modificação teve como objetivo maior incluir as vantagens pessoais no âmbito de incidência do teto de remuneração, bem como o de unificar todos os tetos remuneratórios, que, anteriormente, eram estabelecidos para cada Poder e ente da Federação, além de criar a figura do subsídio como forma de remunerar agentes políticos e certas categorias de agentes administrativos.

Posteriormente, o inciso XI do art. 37 sofreu nova alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 41/2003, que, revigorando a ideia de um teto para cada ente da federação, também, estabeleceu, no âmbito dos Estados e do DF, um limite remuneratório aplicável a cada um dos Poderes. Ademais, a referida emenda manteve as

vantagens pessoais no cômputo do teto, preservou o instituto do subsídio, e, ao seu final, estendeu o teto do Poder Judiciário estadual e do DF a "membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos". Tal dispositivo encontra-se, assim, lavrado, *in verbis*:

> Art. 37. (...).
>
> XI - A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19/12/2003).

De plano, a partir de uma interpretação analítica desse inciso XI, podemos identificar quatro distintos tetos de remuneração para os agentes públicos, a saber: (a) como teto nacional, o subsídio de ministro do Supremo Tribunal; (b) como teto estadual e distrital, dividido em razão do Poder em que atue o agente público, sendo o teto no âmbito do Executivo, o subsídio do Governador, no Legislativo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais, e no Judiciário, o subsídio dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça[1]; (c) como teto municipal, o subsídio do Prefeito; (d) como teto para as funções essenciais a Justiça (Ministério Público, Defensores Públicos e Procuradores), o subsídio dos desembargadores dos Tribunais de Justiça Estaduais, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Os defensores da orientação de que os Procuradores Municipais estão sujeitos ao teto dos servidores municipais, isto é, ao subsídio do Prefeito, embasam-se no raciocínio de não haver, na Constituição, qualquer dispositivo que regulamente ou preveja a carreira dos Procuradores Municipais, razão pela qual não haveria como se entender que os "Procuradores" referidos na parte final do inciso XI do art. 37 da CRFB/88 abarquem os da esfera municipal. Assim, sustentam que a aplicabilidade da referida norma, no tocante à Advocacia Pública, estaria relacionada, apenas, aos Procuradores Estaduais e Distritais, diante da remissão, ali contida, ao limite fixado para os desembargadores, não havendo, na organização administrativa municipal, cargo similar. Outra pretensão de justificar tal tese guia-se pela argumentação de que o texto constitucional, em seu art. 132, ao tratar da Advocacia Pública como função essencial à Justiça, referiu-se, apenas, à Advo-

[1] A EC nº 47/05 inseriu o §12 no art. 37 da Constituição da República que possibilita a unificação do teto no montante percebido por Desembargador no âmbito do estado ou do Distrito Federal, desde que a modificação seja feita mediante emenda à Constituição estadual ou à Lei Orgânica do DF. Art. 37 (...) §12. Para os fins do disposto no inciso XI do *caput* deste artigo, fica facultado aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto neste parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores.

cacia-Geral da União e às Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal, retirando de seu âmbito, de forma intencional, as Procuradorias Municipais.

Essa, no entanto, não é a melhor exegese a ser conferida ao inciso XI do art. 37 da Constituição da República por esta Suprema Corte.

Como bem pontuado nas razões do recurso extraordinário, entender nesse sentido seria contrariar a organicidade da Constituição, haja vista que não há razões jurídicas para tanto, incidindo, quando muito, infundadas argumentações financeiras ou políticas para tal discriminação dirigida aos Procuradores Municipais. De toda sorte, políticas de Estado ou pressupostos políticos não podem servir de único amparo às decisões desta Corte quando da análise acerca da melhor interpretação constitucional a ser adotada.

Nas palavras do i. Ministro Celso de Mello, na ocasião do julgamento da ADI 2.010 MC, Tribunal Pleno, *DJ* de 12/4/2002:

> (...) a invocação das razões de Estado - além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas - representa, por efeito das gravíssimas consequências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica.

Nessa quadra, e com o desiderato de pacificar o *thema decidendum,* devemos compreender os motivos que levaram o constituinte a criar um limite específico de remuneração para as carreiras reputadas "essenciais à Justiça". A partir daí, poderemos estabelecer, corretamente, o alcance da disposição que impõe que membros do Ministério Público, Procuradores e Defensores Públicos tenham, como teto, o subsídio dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça.

Com efeito, as funções essenciais à Justiça possuem capítulo próprio na Carta Magna (Capítulo IV do Título IV, referente à Organização dos Poderes), e subdividem-se em quatro seções: (i) Ministério Público (art. 127 a 130); (ii) Advocacia Pública (art. 131 e 132); (iii) Advocacia (art. 133); e (iv) Defensoria Pública (art. 134 e 135).

Não obstante as peculiaridades de cada uma delas, a reunião, sob um mesmo capítulo intitulado Funções Essenciais à Justiça, não se justifica, apenas, por se referirem a carreiras jurídicas integradas exclusivamente por membros bacharéis em direito. É que os referidos agentes públicos ostentam a missão de assegurar, cada qual no seu âmbito e por intermédio da provocação jurisdicional, todo o tecido de interesses constitucionais, seus valores e princípios. Portanto, são indispensáveis para o resguardo de áreas sensíveis do ordenamento jurídico, mormente no campo da garantia dos direitos fundamentais e na concretização dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

Corroborando esse entendimento, especificamente no tocante ao papel institucional da Defensoria Pública, esta Suprema Corte assim já se manifestou, *in verbis:*

> (...) A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial a função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. E por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas - caren-

> tes e desassistidas -, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado (ADI 2903, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 1º/12/2005, *DJe* de 19/9/2008).

Deveras, no que, por ora, interessa ao deslinde do feito, sobreleva enfrentar o tratamento conferido constitucionalmente à Advocacia Pública, à qual o constituinte dedicou os seguintes artigos:

> Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.
>
> § 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado- Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.
>
> § 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este art. far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.
>
> § 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.
>
> Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).
>
> Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

De sua leitura percebe-se, a toda evidência, que as Procuradorias Municipais não receberam menção textual expressa, o que nos leva, obrigatoriamente, ao seguinte questionamento: Os Procuradores Municipais integram a Advocacia Pública a que a Constituição faz referência nesse capítulo? Ou melhor, fazem eles parte do que o constituinte denominou de "Funções Essenciais à Justiça"?

Evidente que sim.

De fato, nos Municípios em que existem Procuradorias organizadas, os advogados públicos municipais desempenham idênticas atribuições às de seus congêneres no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Com efeito, os Procuradores Municipais possuem o *munus* público de prestar consultoria jurídica e de representar, judicial e extrajudicialmente, o Município a que estão vinculados. Nesse diapasão, analisam a legalidade e legitimidade dos atos municipais, são consultados a respeito de políticas públicas de inegável relevância social, como saúde, educação e transporte, protegendo o melhor interesse do órgão administra-

tivo e de seus cidadãos, além de atuarem perante os mesmos órgãos que a AGU e as Procuradorias Estaduais, tanto na seara administrativa quanto judicial.

Em vista disso, sendo tais atividades identificadas pela Constituição como funções essenciais à Justiça, é imperativo que todas as disposições pertinentes à Advocacia Pública sejam aplicadas às Procuradorias Municipais, sob pena de se incorrer em grave violação à organicidade da Carta Maior.

Nesse mesmo sentido, trago a didática lição doutrinária do i. Subprocurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Professor Lucas Rocha Furtado:

> (...) no âmbito dos Municípios nenhuma remuneração, subsídio, pensão etc. - a exceção do subsídio dos procuradores municipais - poderá ultrapassar o subsídio dos prefeitos [...] Aos membros do Ministério Público e aos defensores públicos estaduais, bem como aos procuradores estaduais ou municipais, o teto aplicável corresponde ao valor fixado como subsídio para os desembargadores estaduais. A rigor, em relação aos procuradores municipais, poder-se-ia indagar se o teto aplicável seria o subsídio dos prefeitos ou dos desembargadores. Em razão de o texto constitucional não ter feito qualquer menção ou distinção entre procuradores estaduais e municipais ("aplicável esse limite" - correspondente ao subsídio dos desembargadores - "aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos"), parece-nos mais correto interpretar este trecho do citado inciso XI no sentido de que os procuradores municipais não se sujeitam ao subsídio dos prefeitos, mas ao dos desembargadores (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo.* Belo horizonte: Fórum, 2007. p. 921- 922).

Mas não é só. Ao desvincular, quanto ao tema, a Advocacia Pública do Poder Executivo, a Constituição preservou as características das carreiras jurídicas, que devem atuar de forma coordenada e independente, sem subordinação efetiva ou técnica. Assim, tratando-se de estrutura remuneratória, os advogados públicos não devem estar sujeitos a incisivas interferências políticas, de modo que para os procuradores dos Estados e do Distrito Federal, o teto é o subsídio dos desembargadores, enquanto que, para os membros da Advocacia-Geral da União, o teto é o subsídio dos Ministros desta Casa. Em relação às funções essenciais à justiça, o parâmetro não é, assim, o subsídio do Chefe do Poder Executivo.

Tais premissas devem aplicar-se integralmente às Procuradorias Municipais. A natureza da função, seu papel institucional, a lógica de atuação, os interesses protegidos e até o recrutamento dos componentes é feito a partir dos mesmos requisitos. A inexistência de um Poder Judiciário municipal não afasta essa conclusão.

Os Procuradores Municipais atuam perante os diversos órgãos judiciários em defesa dos interesses sob sua responsabilidade. Apenas a título de exemplo, quantas vezes assistimos, nesta Corte, à sustentação oral de Procuradores Municipais?

Por tudo isso, não há fundamento para o referido discrímen entre os procuradores, a fim de fazer com que, apenas, a advocacia pública municipal tenha como subteto o subsídio do Prefeito, com as inerentes e inafastáveis circunstâncias políticas negativas, e não o de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

É cediço que o subsídio do chefe do Poder Executivo local está, com raras exceções, sujeito a dimensionamento decorrente das mais diversas contingências políticas. O jargão em vigor no mundo político é o de que prefeito que aumenta o seu próprio subsídio perde votos! É esta a realidade. Não por acaso, recentemente, assistimos nos noticiários a Prefeitos de pequenas cidades que foram pressionados pela população local para reduzir ou congelar os próprios subsídios. É evidente que, por força do princípio da irredutibi-

lidade (CRFB/88, art. 37, XV), eventual opção política não afetaria aqueles que já tivessem ingressado no serviço público, mas, inegavelmente, abalaria e tornaria eternamente instáveis as perspectivas de evolução na carreira.

Nas preciosas palavras do, então, advogado, e hoje Ministro desta Corte, Min. Luís Roberto Barroso, em parecer sobre o tema acostado aos autos:

> O art. 37, XI, da Constituição procurou preservar as funções essenciais à Justiça desse tipo de contingência e aproximá-las do Poder Judiciário, junto ao qual exercem suas atividades. Isso se explica por sua especial relevância para a preservação dos direitos fundamentais e também pelo fato de as carreiras jurídicas atuarem em coordenação e estarem sujeitas a uma série de circunstâncias compartilhadas, inclusive no que diz respeito ao recrutamento dos seus membros (p. 19, f. 451).

Diante disso, atrelar a remuneração dos advogados públicos municipais ao subsídio do Prefeito relega a carreira a um indesejável e iníquo desprestígio quando em cotejo com a advocacia pública dos Estados e da União. E não foi essa a intenção do constituinte ao redigir o art. 37, XI, da CRFB/88.

Outrossim, é certo não podermos, de maneira alguma, defender pretensa hierarquia ou relevância entre a função dos Procuradores Municipais e a dos estaduais que pudesse justificar algum discrímen por parte do constituinte. Aliás, rememoro que eventual invasão de competência legislativa exclusiva dos Municípios resulta em flagrante inconstitucionalidade, ainda quando tenha sido praticada pelo ente mais abrangente, já que não há qualquer hierarquia entre os entes da federação. Se assim o é, não há que se falar em maior ou menor relevância entre as diferentes competências constitucionais atribuídas por cada um deles. Transcrevo, por oportuno, alguns julgados desta Corte, *in verbis:*

> Ação direta de inconstitucionalidade. Estado de Santa Catarina. Distribuição de água potável. Lei estadual que obriga o seu fornecimento por meio de caminhões-pipa, por empresa concessionária da qual o estado detém o controle acionário. Diploma legal que também estabelece isenção tarifária em favor do usuário dos serviços. Inadmissibilidade. Invasão da esfera de competência dos municípios, pelo estado-membro. Interferência nas relações entre o poder concedente e a empresa concessionária. Inviabilidade da alteração, por lei estadual, das condições previstas no contrato de concessão de serviço público local. Ação julgada procedente. I - Os Estados-membros não podem interferir na esfera das relações jurídico- contratuais estabelecidas entre o poder concedente local e a empresa concessionária, ainda que esta esteja sob o controle acionário daquele. II - Impossibilidade de alteração, por lei estadual, das condições que se acham formalmente estipuladas em contrato de concessão de distribuição de água. III - Ofensa aos arts. 30, I, e 175, parágrafo único, da Constituição Federal. IV - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente (ADI 2340, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 6/3/2013, *DJe* de 9/5/2013, p. em 10/5/2013).

> Ação direta de inconstitucionalidade. § 2º do art. 229 da Constituição do Estado do Espírito Santo. Transporte coletivo intermunicipal. Transporte coletivo urbano. Art. 30, V da constituição do brasil. Transporte gratuito. Competência legislativa. Policiais civis. Direito adquirido. Inexistência. 1. Os Estados-membros são competentes para explorar e regulamentar a prestação de serviços de transporte intermunicipal. 2. Servidores públicos não têm direito adquirido a regime jurídico. Precedentes. 3. A prestação de transporte urbano, consubstanciando serviço público de interesse local, é matéria albergada pela competência legislativa dos Municípios, não cabendo aos Estados-membros dispor a seu respeito. 4. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado parcialmente procedente (ADI 2349, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em 31/8/2005, *DJ* de 14/10/2005).

Indubitável, assim, que os Procuradores Municipais integram a categoria da Advocacia Pública a que a Constituição denomina de "Funções Essenciais à Justiça", e, por conseguinte, devem estar sujeitos, no que concerne ao teto remuneratório, ao subsídio dos desembargadores dos Tribunais de Justiça estaduais, como impõe a parte final do art. 37, XI, da Constituição da República.

Uma última indagação que deve ser ricocheteada, já que utilizada como argumento em diversos precedentes trazidos pelas partes, é a seguinte: se as Procuradorias Municipais exercem, constitucionalmente, funções essenciais à Justiça, como justificar a não referência expressa no referido art. 132 da CRFB/88?

Dentre diversos fatores, aquele a ser destacado é o de que, num país com mais de 5.500 (cinco mil e quinhentos) Municípios (Fonte: IBGE/2000[2], sabemos que muitos deles não dispõem de condições materiais e financeiras mínimas ou mesmo demandas suficientes que justifiquem a instituição de um órgão específico para o exercício da Advocacia Pública. Porém, não se pode dizer o mesmo quanto aos 26 Estados brasileiros e o Distrito Federal, já que suas dimensões e demandas jurídicas impõem a organização das Procuradorias responsáveis pela defesa de seus interesses.

Portanto, de maneira alguma seria possível fundamentar um discrímen constitucional quanto às procuradorias municipais por não haver menção expressa disciplinando especificamente a carreira.

Não obstante todos esses fundamentos, que, no meu entender, já seriam suficientes para o acolhimento da tese que aqui se propugna, este Supremo Tribunal Federal, em precedente oriundo da e. 1ª Turma, RE 558258, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, *DJe* de 18/3/2011, já adotou lógica semelhante, *in verbis*:

> Constitucional. Recurso extraordinário. Servidor público. Subteto remuneratório. Art. 37, XI, da Constituição da República. Abrangência do termo "Procuradores". Procuradores autárquicos abrangidos pelo teto remuneratório. Alteração que, ademais, exige lei em sentido formal. Recurso extraordinário improvido. I - A referência ao termo "Procuradores", na parte final do inciso IX do art. 37 da Constituição, deve ser interpretada de forma a alcançar os Procuradores Autárquicos, uma vez que estes se inserem no conceito de Advocacia Pública trazido pela Carta de 1988. II - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de resto, é firme no sentido de que somente por meio de lei em sentido formal é possível a estipulação de teto remuneratório. III - Recurso extraordinário conhecido parcialmente e, nessa parte, improvido (RE 558258, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. em 9/11/2010, *DJe* de 18/3/2011).

Tratava-se, na hipótese, de situação jurídica diversa, apenas, em relação às entidades administrativas vinculadas, já que investigava se a referência ao termo "Procuradores" no art. 37, XI, da Constituição da República, na redação dada pela EC 41/03, alcançaria ou não os Procuradores Autárquicos.

Nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski naquela oportunidade:

> A Constituição quando utilizou o termo Procuradores o fez de forma genérica, sem distinguir entre os membros das distintas carreiras da Advocacia Pública. Assim, seria desarrazoada uma interpretação que, desconsiderando o texto constitucional, exclua da categoria Procuradores os defensores das autarquias, mesmo porque aplica-se, à espécie, o brocardo latino *ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet.*

[2] http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/ tabela1a.shtm

Mutatis mutandis, se é desarrazoada, como esta Corte já assentou, uma interpretação que exclua da categoria "Procuradores" os defensores das autarquias, também será inconstitucional qualquer interpretação que pretenda retirar os Procuradores Municipais de sua vinculação ao teto dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça Estaduais.

Convém ressaltar, ainda, que a egrégia 2ª Turma deste Tribunal, ao julgar o Agravo Regimental no RE 562.238, Rel. Min. Teori Zavascki, confirmou tal orientação, *in verbis:*

> Constitucional. Teto remuneratório. Art. 37, XI, da Constituição. Exegese do termo "Procuradores". Inclusão de procuradores de entidades da administração pública indireta. Precedente: RE 558258, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, *DJe* de 17/3/2011, p. em 18/3/2011. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 562238 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, j. em 2/4/2013, *DJe* de 16/4/2013, p. em 17/4/2013).

Nesse cenário, a locução "Procuradores", a que o constituinte se referiu em seu art. 37, XI, compreende não, apenas, os dos Estados, como, também, os dos da Administração Indireta estadual e os dos Municípios.

A propósito, oportuna a conclusão, em sede doutrinária, do i. Min. Carlos Mário da Silva Velloso (Constitucional. Procurador municipal. Funções essenciais à Justiça. Teto de remuneração dos Procuradores Municipais: art. 37, inciso XI, da Constituição: exegese. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 255, p. 245-272, set./dez. 2010), ao afirmar que:

> O teto de remuneração dos Procuradores Municipais, desde que admitidos por concurso público de provas e títulos e sejam servidores efetivos e estáveis, corresponde ao subsídio dos desembargadores, tal como ocorre com os seus congêneres dos estados e do Distrito Federal (C.F., art. 37, inciso XI, parte final).

Com razão o douto arremate, pois não há qualquer exceção no texto normativo e nem justificativa jurídica idônea a preconizar que os Procuradores Municipais não estejam acobertados pela parte final do inciso XI do art. 37 da Carta da República, que estabelece como teto o subsídio dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça estaduais.

Nesse mesmo sentido, Ivan Barbosa Rigolin (*O servidor público nas reformas constitucionais*. Belo horizonte: Fórum, 2008. p. 58-59) leciona que "quisesse que apenas aos Procuradores e aos Defensores estaduais fosse deferido o teto dos Desembargadores, então precisaria tê-lo escrito com maior clareza e com todas as letras".

Assim, ressoa inconstitucional qualquer interpretação que, desconsiderando o texto constitucional, exclua da categoria "Procuradores" os defensores dos Municípios, mesmo porque aplica-se, à espécie, o brocardo latino *ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet* (onde a lei não distingue, não é dado ao intérprete fazê-lo).

De outro bordo, é bom ter em mente que o constituinte não obriga os Prefeitos a assegurarem ao seu corpo de Procuradores um subsídio que supere o do Prefeito. A lei que disciplina o regime de subsídio dos procuradores é de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo municipal, *ex vi* do art. 61, § 1º, II, *c*, da Carta Magna. Assim, cabe ao Prefeito, e unicamente a ele, avaliar politicamente, diante das circunstâncias orçamentárias e da sua política de recursos humanos, a conveniência de permitir que um procurador do município receba mais do que o Chefe do Poder Executivo Municipal. Este voto não obriga que os procura-

dores do município recebam o mesmo que um desembargador e nem mesmo que, necessariamente, tenham subsídios superiores aos do prefeito.

Assim, o que se sustenta neste voto é, apenas, a tese de que os prefeitos estão autorizados a adotar, nos seus respectivos âmbitos, a mesma política remuneratória já acolhida na esfera estadual em que os vencimentos dos Procuradores dos Estados têm, como regra, superados o subsídio dos governadores.

Pelo exposto, proponho que este Tribunal assente a seguinte tese objetiva em sede de repercussão geral:

> A expressão "Procuradores", contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição da República, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Do caso concreto

Bem delimitada essas premissas genéricas objetivas, passo à análise do caso concreto.

Temos, na espécie, recurso extraordinário interposto pela Associação dos Procuradores Municipais de Belo Horizonte - APROMBH, com fundamento no art. 102, III, *a,* da Constituição da República, em face de acórdão proferido pelo c. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja ementa segue abaixo:

> Constitucional e administrativo. Procuradores municipais. Remuneração. Limite. Subsídio do prefeito. Art. 37, inciso XI, da Constituiçao Federal. Nos termos da norma do art. 37, inciso XI, da CF/88, a remuneração devida aos Procuradores Municipais encontra limite no valor do subsídio do Prefeito, impondo-se destacar que, por óbvia hermenêutica do referido dispositivo constitucional, os Procuradores e Defensores referidos na parte final da norma são os da esfera estadual (TJMG, 6ª Câmara Cível, processo nº 1.0024.07.460846-4/004(1), Rel. Des. Antônio Sérvulo, j. em 14/4/2009, p. em 22/5/2009).

Trata-se de ação de rito ordinário proposta pela Associação dos Procuradores Municipais de Belo Horizonte - APROMBH, objetivando o reconhecimento de que os vencimentos dos Procuradores Municipais deve ter como teto o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça. Defende, para tanto, que sua pretensão encontra respaldo nos art. 37, inciso, XI, c/c 132, ambos da Constituição da República.

Após o devido trâmite processual, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a sentença favorável à associação autora, para julgar improcedentes os pedidos, considerando que o art. 37, XI, da Constituição da República, na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 41/03, fixaria a impossibilidade de superação do subsídio do Prefeito no âmbito do Município.

Adaptando-se o acórdão recorrido integralmente à tese fixada neste recurso extraordinário, resta inequívoco o direito da recorrente de ver confirmada a garantia de seus associados de terem, como teto remuneratório, noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Na mesma linha da tese objetiva defendida em meu voto, a recorrente sustenta que:

> A preocupação da Constituição foi conferir tratamento remuneratório uniforme para a Advocacia Pública, dizendo, então, que nos Estados e Municípios, em havendo "Procuradores", a eles serão aplicados, como limite remuneratório, o subsídio do Desembargador.

Ex positis, de acordo com os fundamentos acima delineados, impõe-se a reforma do que decidido pelo acórdão recorrido.

Por tais razões, Senhor Presidente, DOU PROVIMENTO ao recurso extraordinário e proponho que o Tribunal afirme a seguinte tese objetiva em sede de repercussão geral:

> A expressão "Procuradores", contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição da República, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

É como voto.

Esclarecimento

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, Vossa Excelência me permitiria fazer uma indagação ao Ministro-Relator? Não, não quanto ao caso concreto, mas quanto à tese?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Claro.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Quanto à questão dos procuradores, em qualquer nível: a Advocacia da União, a Procuradoria de Estado, ou a Procuradoria municipal, quando estruturado em carreira e com o mesmo regime jurídico, portanto, quero apenas um esclarecimento sobre a aplicação da tese.

Em muitas procuradorias de qualquer um desses níveis, estaduais ou municipais, temos a remuneração fixada que, nos termos do inciso XI, haveria de ser "em parcela única", que é uma expressão terrível da Constituição - porque, se é única, não pode ser parcela, pois parcela é parte; mas, enfim, a Constituição fala parcela única.

Essa chamada "parcela única" corresponde não à remuneração, mas ao subsídio. O subsídio tem como teto, nos termos do art. 37, XI, os patamares estabelecidos de que nós estamos falando. Entretanto, muitas procuradorias têm um regime que faz com que os honorários recebidos formem um caixa, um fundo que é distribuído e que pode superar muito o subsídio do desembargador.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Muito bem lembrado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Então, eu quero saber qual é o encaminhamento. Por quê? Imagine um município do interior, estruturado em carreira, com cinco procuradores e que, por exemplo, em uma região que tenha uma causa do município contra mineração, os honorários podem ser, em uma causa, de 2 milhões de reais, e eu não me lembro de a gente já ter fixado - nós já julgamos algumas vezes, lembro-me de duas ocasiões, desde que estou aqui, claro, se esses honorários iriam para a entidade pública ou para o advogado.

Então, se nós estamos fixando que o subsídio, em parcela única, como diz a Constituição, haverá de ser esse teto, qual é a consequência para essas procuradorias em cuja regulamentação remuneratória se criam esses fundos? Nem se chama fundo, uma reserva feita, o depósito é feito para eles e é repartido pelos procuradores. Então, ao final, você tem um procurador e você pergunta: "Quanto que ganha?" O procurador do Município ganha igual ao procurador do Estado. Só que o procurador do Estado não tem esse regime, com

esse caixa, por exemplo, e o do Município ganha, relativamente ao desembargador, 60 mil reais por mês. Assim, a circunstância de nós estarmos fixando que o subsídio é em parcela única e que o teto é este, como bem me lembrava o Ministro Marco Aurélio: é teto, ou seja, não pode ultrapassar - não significa que um Município pequeno vai pagar este total, porque isso é tirado da saúde, ou de outras rubricas. Não é disto que eu estou falando. Estou falando: qual é a consequência da nossa tese, em uma realidade brasileira.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência me permite?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Claro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Na prática, essa situação jurídica não se verificará, tendo em conta o que percebem, no Brasil, os Desembargadores.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministra Cármen, Vossa Excelência me permite também? Essa é uma questão, Ministro Fux, que também, de certa maneira, me preocupou.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu só queria fazer uma pequena observação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Nós estamos adstritos, digamos assim, à causa petendi colocada na ação e no recurso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Certo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Essa questão dos honorários da advocacia pública, que agora foram consagrados no Novo Código (...).

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - (...) é uma questão que nós vamos ter que enfrentar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas a consequência é imediata a partir da nossa decisão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois é.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, eu não acho que seja imediata.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - A Presidência da República enviou, recentemente, um projeto de lei para o Congresso Nacional, permitindo que os membros daquela advocacia, da Advocacia-Geral da União, percebam os honorários de sucumbência e, mais, trabalhem na advocacia privada, desde que não o façam contra a União.

Eu não sei. Mesmo que afirmada a tese de Vossa Excelência, talvez nós tenhamos que dizer: "Olha, ressalvadas também ou incluídas as verbas sucumbenciais", mesmo que estejamos adstritos à petição inicial, ao pedido da petição inicial.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque nós estamos tratando da parte objetiva mesmo. A tese é fixada em termos que levam a consequências que não se podem desconhecer.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Sem dúvida. Essa matéria dos honorários não está prequestionada, não está debatida.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas com a fixação do subsídio e do teto do subsídio, eu preciso saber o que se inclui nessa tal parcela única constitucionalmente fixada.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Veja bem:

ninguém discutiu sobre isso. Eu posso aqui até narrar o histórico de empenho da advocacia pública para que pudesse perceber os honorários (...).

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não. Fui procuradora 26 anos. Eu sei disso de cor e salteado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - O empenho foi imenso, etc., etc. Muito bem. Mas essa matéria não se submeteu ao contraditório, não foi prequestionada.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu só estou perguntando se Vossa Excelência pensou sobre isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - O Direito é aquilo que o Supremo Tribunal Federal disser que é. Então, se o Plenário entender que "o subsídio, em parcela única, incluídos os eventuais honorários sucumbenciais", assim será. E assim será a exegese. Só que - advirto e ressalvo - a matéria não foi submetida nem ao contraditório, nem houve o prequestionamento sobre ela.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - É, mas, uma vez que consta do Código de Processo Civil, é um fato notório, que tem que ser levado em consideração por nós.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu acho que tecnicamente não está certo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O teto discutido no processo, a meu ver, diz respeito a fonte única: o pagamento foi efetuado pelo Poder Público e, como ressaltou o ministro Luiz Fux, não houve debate e decisão prévios quanto a essa outra questão relativa aos honorários da sucumbência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu acho que nós também não podemos levar isso em consideração para julgar a causa.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas foi por isso que eu perguntei, Ministro Marco Aurélio. Eu só quero um esclarecimento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Temos nos limitado, no recurso extraordinário, que está em processo subjetivo, ao conflito de interesses. Conflito de interesses é único.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sim, por isso que eu perguntei. Eu fiz a pergunta porque eu queria saber: O subsídio aqui é só o vencimento?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Apenas o que satisfeito pelo Poder Público.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas é porque essa parcela, ela vem como remuneração, também, no contracheque.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não sei, mas não está em discussão no processo. Os interessados não foram ouvidos quanto a isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu acho que até poder-se-ia submeter um outro.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - De toda sorte, está respondido para mim.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sim. Muito já se discutiu sobre esse assunto, e a verba de sucumbência integra o patrimônio da parte que venceu a causa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Pois é, mas o Supremo concluiu de forma diversa. Sustentei, durante muito tempo, essa tese.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Na hipótese, seria a União, enfim, o Estado amplamente compreendido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O Supremo concluiu de forma diversa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então, ingressa, em princípio, nos cofres públicos, e o pagamento é feito aos Procuradores pelo erário público.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não. Os honorários advocatícios têm natureza autônoma já há um tempo, eles pertencem ao advogado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Pertencem ao advogado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sim, foi o que sustentei, Presidente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - O próprio Estatuto da OAB dispõe nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É. Então, os advogados públicos foram buscar a mesma coisa.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E agora o Código de Processo Civil.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Com base até em doutrina de Frederico Marques e Moacyr Amaral Santos, sustentei que os honorários da sucumbência teriam como objetivo evitar que o vencedor na causa viesse a sofrer diminuição patrimonial. Mas essa óptica ficou vencida no Tribunal ante o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Por este os honorários pertencem ao advogado. Tanto que se admite, inclusive, o enquadramento, em se tratando do Poder Público como devedor, como prestação alimentícia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Teori.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Presidente, eu gostaria de lembrar que nós temos na pauta de hoje dois processos. Um, eu estou trazendo como pedido de vista; e um outro, que eu sou o Relator originário, tratando exatamente da composição das parcelas que integram o teto. Parece-me que, aqui, a discussão é apenas quanto ao valor do teto, não quanto às parcelas componentes. Talvez, seja o caso, mesmo,

de deixar essa outra questão de saber se honorários integram ou não, deve ser considerado ou não para efeito de teto, em uma outra oportunidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Esperar essa controvérsia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Por isso que eu disse, nós precisamos deixar claro que subsídio aqui é só o que vem pago a partir dos cofres públicos.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - A questão básica a ser resolvida neste julgamento consiste em identificar o parâmetro constitucional a ser observado na definição do subsídio dos Procuradores Municipais, o que impõe a necessidade de resposta à seguinte indagação: se o teto a eles aplicável deve corresponder ao subsídio do Prefeito Municipal ou ao subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça.

Essa, Senhor Presidente, é a única questão a ser examinada, debatida e julgada na presente causa.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Essa é a questão.

Antecipação ao voto

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminentes Pares, inicio cumprimentando o eminente Relator, que, mais uma vez, enaltece essa Corte com um estudo acutíssimo. E registrar que, antes de ter conhecimento do voto de Sua Excelência, eu havia preparado uma reflexão sobre a matéria, que se contém numa declaração de voto que eu vou juntar, cuja inspiração é precisamente na linha do que Sua Excelência acaba de assentar.

Portanto, Senhor Presidente, para ser direto e objetivo, juntarei a declaração de voto. Acompanho, integralmente, Sua Excelência. Estou seguro de que, na matéria, estamos diante de uma carreira de Estado que há de estar, o quanto possível, imune às vicissitudes da conjuntura. Eu já havia me inspirado no precedente da lavra de Vossa Excelência, Senhor Presidente, o Recurso Extraordinário nº 558.258, e foi exatamente nessas águas que Sua Excelência, o Relator, também foi se inspirar.

E, por essas razões, acompanho integralmente as premissas, os fundamentos e a conclusão do eminente Relator.

Voto vogal

Trata-se de tema de repercussão geral, por meio do qual se busca fixar tese para determinar qual o teto remuneratório aplicável aos Procuradores Municipais, se aquele que consiste no subsídio do Chefe do Poder Executivo Municipal, ou no subsídio do Desembargador do Tribunal de Justiça Estadual.

O recurso extraordinário ora analisado foi interposto pela Associação dos Procuradores Municipais de Belo Horizonte - APROMBH, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no qual se indeferiu o pleito exordial de fixação do teto remuneratório dos Procuradores Municipais como sendo o subsídio dos Desembargadores Estaduais.

Sustenta a recorrente a impossibilidade de interpretação literal do disposto na parte final do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, uma vez inexistir clareza em sua redação, bem como assevera a necessidade de interpretação sistemática em conjunto com o art. 132 da Carta Magna, pois nele a Constituição expressamente se referiu aos Procuradores Estaduais, o que não ocorre de maneira expressa no art. 37, XI, restando impossível a exclusão dos Procuradores Municipais da determinação contida no final do dispositivo.

Após o reconhecimento da repercussão geral da tese, foram admitidos pelo Relator como *amici curiae* a Associação Nacional dos Procuradores Municipais, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Confederação Nacional de Municípios.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso extraordinário.

Adentrando ao mérito da questão, é pertinente a citação dos dois dispositivos constitucionais suscitados pelo recorrente como violados pelo acórdão guerreado:

> Art. 37. (...).
>
> XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19/12/2003);
>
> Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Especificamente quanto ao tema, emerge nesta Corte a necessidade de fixação do teto remuneratório aplicável aos Procuradores Municipais.

E, nada obstante os valiosos argumentos em contrário, entendo que a interpretação mais razoável do texto constitucional é aquela que inclui os Procuradores Municipais na expressão "Procuradores" que consta do final do art. 37, inciso XI da Constituição Federal.

Principio pela análise da situação dos Municípios dentro da estrutura constitucional. É certo que, em inovação a todo o ordenamento jurídico-constitucional anteriormente vigente, a Constituição Federal de 1988 erigiu os Municípios a entes partícipes da Federação Brasileira, conforme disposto no art. 1º, *caput*, do texto constitucional.

Nesse sentido, atribuiu-lhes autonomia político-administrativa, observadas as disposições constantes do art. 29 e as competências enumeradas no art. 30 da Constituição. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, essa autonomia "se expressa sob o tríplice aspecto político (composição eletiva do governo e edição das normas locais), administrativo (organização e execução dos serviços públicos locais) e financeiro (decretação, arrecadação e aplicação dos tributos municipais)" (MEIRELLES, Hely Lopes; et al. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 894).

Apesar da evidente disparidade econômica e populacional dos mais de 5.000 Municípios do Brasil, desde o menor até o mais pujante estão regidos pelas mesmas regras constitucionais e possuem as mesmas tarefas no trato da coisa pública de interesse local.

Assim, diante de tantas atribuições impostas pela assunção de autonomia, relativas à saúde, educação, transporte, moradia e tantas outras políticas públicas, os Municípios brasileiros devem se empenhar na especialização e modernização da prestação de serviços essenciais à população, além de eficiência quanto ao controle do dinheiro público.

É nesse contexto que se insere a importância da consolidação de uma Advocacia Pública profissional nos Municípios, organizada em carreira, constituída por servidores selecionados por meio de concurso público e aptos no auxílio ao gestor e na defesa judicial dos interesses públicos municipais. Nas palavras de Cristiane da Costa Nery:

> No Estado Democrático de Direito as instituições têm tarefas públicas na implementação dos direitos, em especial os direitos sociais. E nesta perspectiva, as Procuradorias Municipais, como estruturas de Estado permanentes e que garantem a continuidade da Administração Pública, vem desempenhado um enorme papel no cumprimento desse mister.
>
> Procuradores participam de conselhos municipais das políticas públicas representando o órgão; incorporam os grupos de trabalho da Administração que têm por tarefa dar cumprimento às competências municipais nessas novas tarefas pós Constituição de 88. São criados mecanismos administrativos de solver questões, as chamadas concertações administrativas: Juntas Administrativas de Indenizações; papel ativo no ajustamento de condutas pelos Termos de Ajustamento de Condutas (TAC). O gerenciamento de precatórios, participação na municipalização da saúde, a legitimação ativa do Município para propor Ação Civil Pública, entre outros. Todos com a participação de procuradores a exigir qualificação e compreensão técnica.
>
> Tarefa ampla que não se limita à histórica função do contencioso judicial. A participação na administração se sobressai e é cada vez mais reforçada. Por outro lado, no judicial, há constante necessidade de profissionalização, pois as demandas estão mais complexas. A especialização é essencial.
>
> A regularização fundiária talvez seja o exemplo mais claro da atuação do Procurador em política pública permanente. Para a implementação do programa Minha Casa Minha Vida, por exemplo, a Caixa Econômica Federal recomenda expressamente a presença do Ministério Público da União e da Procuradoria Municipal, para que o projeto resultante tenha fé pública e garantia de eficiência, de forma a não ser fragilizado pela rotatividade dos titulares do governo municipal.
>
> Nessa área, nós, procuradores municipais, promovemos com os demais órgãos municipais, a efetiva inclusão social. Isso porque não bastam obras de infraestrutura, mas também a segurança com o reconhecimento jurídico da posse das pessoas que são titulares de direitos, por intermédio dos instrumentos jurídicos existentes. Estas questões são atividades permanentes da Administração Pública. São tarefas de Estado, e não de Governo, cabendo aos órgãos mais estáveis da Administração Pública, que representam as carreiras de estado, a sua execução, garantindo a continuidade do projeto, independente de quem estará no Governo, sendo a segurança da própria população beneficiada.

> Não há contrato ou convênio nos Municípios que prescinda da análise jurídica, que deve ser isenta, independente. A receita municipal advém em grande volume da execução fiscal e da defesa tributária, seja de forma direta ou indireta na economia feita aos cofres públicos no contencioso judicial. A gestão tributária é feita com a participação das procuradorias municipais, o que se aplica em outras áreas (NERY, Cristiane da Costa. A constitucionalização da carreira do Procurador Municipal. *In: Interesse Público*. Belo Horizonte, ano 17, jul/ago 2015, p. 148).

É certo que a Constituição não dispôs em capítulo específico acerca da figura do Procurador Municipal, no sentido de servidor componente de carreira própria dentro da Administração Pública Municipal, em atenção às circunstâncias díspares entre as diferentes municipalidades. Nada obstante, todas as Capitais dos Estados e grande parte das maiores cidades possuem um corpo organizado de Procuradores Municipais, estruturados no modelo previsto para as Procuradorias Estaduais (art. 132 da Constituição).

Dado o alargamento das competências e da importância dos Municípios dentro da Federação, um olhar mais vagaroso acerca da relevância dos Procuradores Municipais se impõe, especificamente diante da questão colocada, que diz respeito ao regime remuneratório desses servidores.

O acórdão recorrido partiu de interpretação que somente considera que, diante da redação do dispositivo em comento, somada à inexistência de tratamento constitucional das Procuradorias Municipais, o teto remuneratório de todos os servidores públicos municipais deve ser o subsídio do Prefeito.

Contudo, faz-se necessária hermenêutica que vá ao encontro da máxima realização dos preceitos constitucionais envolvidos na matéria.

Nesse sentido, é pertinente a citação de trecho do Parecer elaborado pelo Professor e hoje Ministro, Luís Roberto Barroso, anexado aos autos por ocasião da manifestação da Associação Nacional dos Procuradores Municipais, admitida no feito na qualidade de *amicus curiae*:

> 3. Como se sabe, a interpretação jurídica não deve ser feita a partir de dispositivos isolados, nem tampouco de forma apartada da realidade sobre a qual irá incidir. Ao contrário, o conhecimento convencional registra, de longa data, que o sentido dos diferentes enunciados deve ser buscado no sistema do qual fazem parte e tendo em vista os objetivos a que este se destina. Tais exigências básicas não constituem nenhuma novidade, estando associadas aos dois principais elementos clássicos da interpretação jurídica, o sistemático e o teleológico. Considerado o sistema constitucional de forma específica, o reconhecimento de eficácia normativa às regras e princípios constitucionais significa, dentre outras coisas, que eles deverão ser utilizados como vetores em toda e qualquer operação interpretativa, condicionando o processo de valoração dos fatos e atribuição de sentido aos enunciados normativos que há de ser realizado pelo intérprete.
>
> 4. Nesse sentido, e à vista da hipótese em tela, o art. 37, XI, da Constituição deve ser interpretado em conjunto com as disposições constitucionais que tratam das funções essenciais à Justiça - gênero do qual a advocacia pública é uma das espécies - e com os princípios federativo e da isonomia, já que o debate envolve a fixação do teto remuneratório de agentes de cada um dos entes federativos, os Municípios. (...).

Logo, questiona-se no presente recurso se uma leitura mais restritiva da exceção compreendida pela parte final do art. 37, XI da Constituição - uma vez que, *prima facie*, a regra seria a submissão dos servidores municipais exclusivamente ao subsídio do Prefeito - contempla toda a grandiosidade de atribuições que

o texto constitucional atribuiu aos Municípios e, em especial, ao destaque que o texto também conferiu à Advocacia Pública em exercício nos entes federados.

Especificamente, resta saber se o subteto remuneratório dos Procuradores Municipais (pois, em verdade, o teto de todo o funcionalismo público brasileiro consiste no subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal) deve ser o valor do subsídio do Prefeito Municipal ou o valor do subsídio dos Desembargadores Estaduais, sendo necessário significar o conteúdo da palavra "Procuradores" contida no dispositivo constitucional em análise.

De fato, muito embora não exista uma obrigatoriedade constitucional aos Municípios para a instituição de Procuradorias Municipais organizadas nos mesmos moldes das Procuradorias dos Estados, certo também é que esta é uma realidade presente em todas as Capitais brasileiras e nas maiores cidades dos Estados, a fim de fazer frente às complexas questões jurídicas que envolvem a administração dos interesses locais.

Desse modo, assim como se verifica com as Advocacias já estruturadas da União (em sentido amplo) e dos Estados, também se afirma que os Procuradores Municipais constituem carreira típica de Estado, no sentido de serem imprescindíveis à consecução das atividades administrativas para o melhor alcance do interesse público.

E, pode-se dizer, todas as carreiras integrantes do conceito de Advocacia Pública exercem função estratégica para o Estado Democrático de Direito, seja atuando preventivamente, em atividade consultiva, direcionando a Administração para um atuar dentro dos limites da legalidade e da constitucionalidade, seja posteriormente, defendendo em juízo o interesse dos entes e, consequentemente, de toda a população.

Justamente, ao se constatar que os Procuradores Municipais exercem funções equivalentes àquelas dos Procuradores dos Estados e mesmo Advogados da União, em sua esfera federativa, como justificar que sejam discriminados no que concerne ao estabelecimento do teto remuneratório?

Se, por um lado, não há referência expressa a eles no texto constitucional - situação que pode ser modificada com a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 17/2012, já aprovada na Câmara e ora em trâmite no Senado Federal - por outro lado, não há nenhuma distinção qualitativa entre suas atribuições, naquelas municipalidades onde a carreira foi estruturada, e aquelas conferidas às carreiras que possuem assento constitucional.

Portanto, a diferenciação perpetrada pelo acórdão recorrido não se mostra consonante com as finalidades buscadas pela Constituição, no que concerne à posição do Município dentro da Federação e, consequentemente, com a dignidade remuneratória que se deve ofertar ao quadro especializado na defesa e aconselhamento jurídico da Administração Municipal.

O constituinte inseriu a Advocacia da União e as Procuradorias dos Estados dentro do Capítulo IV do Título IV do texto, que trata das Funções Essenciais à Justiça. Fê-lo por entender que, ao lado das carreiras do Ministério Público e da Defensoria Pública, também à Advocacia Pública está destinado o mister de exercer a defesa combativa do interesse público, que se consubstancia na concretização do Estado Democrático de Direito preconizado pela Constituição.

Cada qual dentro de suas atribuições - defesa da sociedade, dos necessitados ou dos entes federados - não olvidou o constituinte em atribuir segurança e independência a esses profissionais, a fim de que não se subordinem ao alvedrio dos ditames dos distintos Governos eleitos a cada exercício do voto popular.

Tendo essas considerações em mente, é possível afirmar que também as Procuradorias Municipais consistem em Função Essencial à Justiça, pois, como já afirmei, suas atribuições equiparam-se ao restante das carreiras integrantes da Advocacia Pública.

E, assim, a simetria de tratamento impõe-se, como forma de garantia da defesa de parcela do interesse público e da justiça.

No julgamento do RE 558.258, de Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, esta Corte já afirmou, ao incluir os Procuradores Autárquicos na exceção constitucional ora em debate, a impossibilidade de distinção na interpretação de situações idênticas no que concerne aos Procuradores:

> Acrescento, ainda, que a Constituição quando utilizou o termo Procuradores o fez de forma genérica, sem distinguir entre os membros das distintas carreiras da Advocacia Pública. Assim, seria desarrazoada uma interpretação que, desconsiderando o texto constitucional, exclua da categoria Procuradores os defensores das autarquias, mesmo porque aplica-se, à espécie, o brocardo latino *ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet.*

Ademais, é preciso que essas carreiras, tão essenciais no trato da coisa pública, tenham parcela de independência protegida de atribulações típicas do mundo da política, resguardando que o teto remuneratório desses profissionais não fique estagnado, e que essa circunstância sirva como forma de pressão que afete suas atribuições regulares e, ao final, não comprometa a defesa do interesse público realizada por essa carreira.

Por último, ressalte-se que, como se trata de teto remuneratório, e não de vinculação ou equiparação de carreiras, não há que se falar em contrariedade ao disposto no art. 61, § 1º da Constituição Federal, aplicável por simetria aos Chefes do Poder Executivo Municipal, já que a fixação dos subsídios dessas carreiras permanece necessitando de lei de iniciativa privativa do Prefeito. Apenas não se submetem ao teto remuneratório representado pelo subsídio do Chefe do Poder Executivo Municipal.

Assim, voto pelo provimento do recurso extraordinário, e acompanho integralmente o E. Relator, na tese fixada, com a inclusão dos Procuradores Municipais na expressão "Procuradores" da parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição Federal.

É como voto.

Voto

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, eu vou pedir todas as vênias para votar de modo divergente nessa matéria. Sinceramente, eu não me convenci de nenhum dos fundamentos que foram colocados no recurso e, agora, nos votos que me precederam no sentido de que - e essa parece ser a tese básica - o termo "Procuradores", referido na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição, se refira a um gênero e não apenas aos procuradores do estado.

É verdade que o Supremo Tribunal Federal, por suas Turmas, foi lembrado pelo Ministro Fux, inclusive na Segunda Turma, com um voto meu, tem o entendimento de que procuradores não têm o sentido estrito de

se referir apenas ao procurador do estado, do ente federativo em si, mas abrange também a Administração Indireta desse ente federativo. Mas é entre esses entes federativos. Aqui, a discussão é saber se esses procuradores têm que ser considerado um gênero para abranger procuradores de outro ente federativo, que seria o Município.

Ocorre que, se nós dissermos que ele tem esse sentido, de abranger os procuradores de todos os entes federativos, nós não podemos fugir da lógica de que esses procuradores também abrangeriam os procuradores da União.

Por que só o dos Municípios? Ou ele se refere ao estado apenas, ou ele se refere aos procuradores de todos os entes federativos. Nessa hipótese, nós teríamos de dizer que também os procuradores da União, os procuradores federais, teriam esse teto remuneratório dos desembargadores, o que seria um absurdo. Seria um absurdo pela razão muito simples - e isso atentaria contra um princípio básico do federalismo - de submeter o teto dos procuradores da União à remuneração fixada por um dos estados membros.

Ora, essa mesma tese - e aí vem o segundo argumento, que seria a tese do recurso - estaria plantada na questão da afirmação do princípio federativo. Ora, o princípio federativo atua justamente contra essa tese. Se nós dissermos que os Procuradores Municipais ficam submetidos ao teto fixado pelo estado, nós estamos atentando contra a autonomia federativa do Município, especialmente a sua autonomia financeira.

Então, a tese do princípio federativo, no meu entender, atua justamente em sentido oposto. Assim, por essas duas razões, primeiro porque o gênero teria que abranger também - o gênero, procurador é gênero - os procuradores da União.

Segundo lugar, o princípio federativo atua justamente em sentido oposto. O princípio federativo dá autonomia financeira aos Municípios.

Não é compatível com o princípio federativo submeter um teto de servidores municipais à fixação de remuneração por um estado membro.

E o terceiro argumento que se deduz é a questão do princípio da isonomia. Aliás, eu acho que são esses três também os fundamentos que o Ministro Barroso colocou no seu belíssimo parecer. Mas, aqui, também, o princípio da isonomia me parece que não pode ser aplicado por uma razão muito simples: o estabelecimento de tetos diferentes para a União, os estados e os municípios, essa falta de isonomia, vamos dizer assim, é fixada pela própria Constituição. A Constituição fixa tetos diferentes para procuradores da União e para Procuradores dos Estados. Por que seria inconstitucional tratar de modo diferente Procuradores dos Municípios e procuradores do estado? Ou por que seria diferente o princípio da isonomia, que teria que ser aplicado em relação a procuradores e não às outras classes de servidores?

Na verdade, para mim, o texto constitucional é muito claro. O inciso XI, quando fala de teto, ele começa tratando dos tetos dos servidores da União e, depois, diz:

> "(...) aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito" - e aí acabou - "e, nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio do Desembargador no âmbito do Poder Judiciário (...) aplicável esse limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos (...)".

Porque temos aqui um outro problema: se dissermos que o termo Procurador, aqui, é gênero, teríamos que dizer que também é gênero Ministério Público, e também é gênero defensor público. Todas essas categorias, inclusive os procuradores da União e os defensores da União, estariam submetidos ao teto remuneratório de desembargador, o que é um absurdo.

Então, com todas as vênias, sinceramente, não consigo me convencer da tese do recurso. E, por essas razões, sucintas também, Senhor Presidente, peço vênia para manter o acórdão e negar provimento.

É o voto.

Publicado sem revisão.

Voto

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, peço todas as vênias ao eminente Relator para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Teori Zavaski, que facilitou a minha tarefa, a partir da leitura que faço do art. 37, XI, da Constituição.

Em um primeiro momento, fiquei seduzida pelo que se disse se tratar de uma exegese restritiva do art. 37, XI. Talvez, pelo texto bastante longo desse inciso XI, se possa cogitar mesmo dessa outra aventada hipótese. Mas, na minha leitura, o que se faz é, na primeira parte, estipular que:

> (...).
>
> XI - a remuneração dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandado eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

É a primeira sentença.

E em um segundo momento:

> Aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário.

Vale dizer, o texto constitucional faz a distinção entre Executivo, Legislativo e Judiciário para estabelecer o teto remuneratório apenas no caso dos Estados. Aí, sim, em se tratando do ente "Estado", complementa: "aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos".

Penso irrespondível a questão colocada pelo Ministro Teori, inclusive no que respeita à própria aplicação do princípio da isonomia. Como, nessa expressão "Procuradores", vamos entender que estão incluídos também os Procuradores Federais, na medida em que estaríamos usando "Procuradores" como gênero e não como

espécie? Embora a tese contrária a mim seduza, não consigo ultrapassar o óbice e chegar à conclusão exposta, com o costumeiro brilho, pelo eminente Relator, a quem cumprimento pelo seu substancioso voto.

Mas, com todas as vênias, acompanho a divergência. Eu nego provimento ao recurso extraordinário.

Esclarecimento

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, somente para esclarecer que, quando nada, ou quando menos, eu apenas fiz uma adaptação, com acréscimos, da jurisprudência, a que tanto se respeita aqui, da Suprema Corte.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu quero dizer, Senhor Presidente, que eu sou respeitoso à jurisprudência da Suprema Corte. Agora, não temos nenhum precedente sobre o caso. Temos precedentes em relação ao conceito de procuradores da Administração Indireta.

Esses são os precedentes.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Mas isso é uma *contradictio in terminis*. Fazer uma extensão a procuradores da Administração Indireta e desconhecer a organização de carreiras jurídicas, em estado de grande expressão, com um corpo multitudinário de procuradores que se submeteram a concurso público é, no meu modo de ver, desconhecer a jurisprudência, porque a jurisprudência quer ser também interpretada, ela tem o espectro, a coerência dessa jurisprudência e, acima de tudo, o fato de agora legalmente estar consagrada a procuradoria municipal como advocacia pública. Então, nós temos quatro categorias. E fere-se o princípio da isonomia fazer essa distinção entre os Procuradores Municipais e os procuradores dos estados.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Ministro Fux, mas também a advocacia da União integra a procuradoria.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - E está prevista.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Está prevista.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ela está prevista na Constituição.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Então, se formos fazer a isonomia, vamos aplicar esse teto também para a advocacia da União.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Sim, mas eu não estou julgando esse argumento, *ad terrorem*, de extensão a todo território nacional e a todas as categorias, ele só serve para confundir, não serve para esclarecer.

Diante do caso concreto, e sem vaidade e sobrepujança de opiniões, o resultado dessa decisão é exatamente à luz do que hoje ocorre em 26 Estados, os prefeitos são livres para estabelecer as remunerações dos seus advogados, dos seus procuradores. Mas, nesses estados, em que as carreiras são organizadas tal como as carreiras de procuradores dos estados, os procuradores municipais têm o mesmo tratamento, têm exatamente o mesmo tratamento. E a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é que nos permite inferir que, nessa expressão "Procuradores", estão também encartados os procuradores municipais - que,

hoje, pelo novo Código de Processo Civil, são considerados integrantes da advocacia pública e merecem as mesmas prerrogativas.

Voto

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, como já foi posto aqui, este é um tema que não é tão simples, apesar de um dos nobres advogados, - acho que o doutor Carlos Vitor Mozer -, ter dito que era um caso mais simples. Não me parece. Parece-me exatamente um caso que tem relevância, até pelos pareceres, com argumentos contraditórios e brilhantes, mostra-se que todas as teses defendidas são teses bem fundamentadas.

Entretanto, pedirei vênia à divergência para acompanhar o Relator. Na minha compreensão, o que vai determinar a interpretação do art. 37, XI, da Constituição, é a circunstância de que a referência a procuradores, que poderia - conforme bem leu a Ministra Rosa Weber - ser da União, dos Estados e dos Municípios - e, nos Municípios, ser feita a referência apenas ao prefeito -, entendo que para chegar a essa mesma conclusão, teríamos que desconhecer o que se contém no art. 132, ao fazer uma referência a procuradores - lá, expressamente a procuradores de Estado mais advocacia pública.

É claro que eu perguntei ao Ministro Fux sobre a questão de honorários, e também me preocupa a questão das carreiras, porque só concebo o regime, nas mesmas condições, quando tiver uma carreira. Não é contratar um amigo, ou irmão, dizer que é um cargo de procurador e aplicar como se fosse um regime jurídico para uma carreira, que é disso que cuida a Constituição.

No entanto, feita essa ressalva, eu acho que a interpretação precisa levar em consideração a circunstância de que procuradores são esses advogados em geral. E, para o Município, não há correspondência nem do Ministério Público, porque não há no Município, nem do Poder Judiciário, porque não há um Poder Judiciário municipal.

Essa a circunstância que me leva a pensar que, quando interpretamos, fazendo a concatenação com o desembargador, é por ausência de um parâmetro municipal específico, em uma correlação com alguém da carreira jurídica, porque a carreira jurídica se restringe mesmo a da advocacia, não havendo ministério público municipal, nem Poder Judiciário municipal. Por isso porque só se fez referência ao parâmetro do prefeito, que é do Executivo.

Por essa razão e tomando por base o que foi expendido pelo Ministro-Relator, eu o acompanho - apenas cuido de especificar que quando se menciona procuradoria, refere-se a procuradores integrantes de uma carreira e não a uma outra pessoa que possa ser designada, nomeada, comissionada, sem parâmetro algum - tanto na tese, quanto no caso subjetivamente posto à apreciação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, vou adiantar o entendimento, se Vossa Excelência permitir, e o farei, em primeiro lugar, assentando que os Procuradores Municipais não precisam aguardar reforma de fundo da Constituição Federal e a criação do Poder Judiciário nos Municípios. Em segundo lugar, não cabe transportar, para o campo da definição desse teto, o que existe no Ministério das Relações Exteriores, quanto a Ministro de primeira e segunda categorias.

Recordo a sustentação da tribuna, feita com muita precisão, como também as demais sustentações, do jovem constitucionalista - posso chamá-lo de jovem a partir de minha faixa etária - Eduardo Mendonça.

Ressaltou o ilustre advogado da tribuna que não buscam, os Procuradores dos Municípios, quer equiparação, quer vinculação, quer remuneração mínima, piso remuneratório; o que postulam é uma definição do teto constitucional.

No passado, os Municípios eram, em última análise, medidas geográficas dos Estados. Com a Constituição Federal de 1988, ganharam diapasão maior. Se formos ao art. 1º desse documento, veremos que, ao lado dos Estados e do Distrito Federal, formam a República.

Há mais, Presidente. Têm-se Municípios, no Brasil, que são verdadeiros Estados. São Municípios que possuem envergadura maior. Cito, exemplificando, sem demérito para qualquer outro Município, o de São Paulo, o Rio de Janeiro, Minas Gerais, Bahia, Rio Grande do Sul - e poderia citar outros.

O Procurador, quer o estadual, quer o municipal, defende interesse público - e defende interesse público da mesma envergadura, atuando no campo administrativo e também no contencioso. Não cabe assentar fator de discriminação para dizer-se que, no caso, há de haver tratamento diferenciado, conforme se trate de Procurador estadual ou Procurador municipal.

O texto da Constituição - e não podemos, Presidente, reescrevê-la, e toda vez que o intérprete introduz exceção não contemplada, reescreve a Constituição -, a meu ver, é linear no que se refere a teto diverso daquele representado pelo subsídio do Chefe do Poder Executivo quanto aos Procuradores, sem gerar especificidade, sem que se tenha distinção, considerado Procurador do Estado ou Procurador do Município.

Ante esse contexto - poderia até dizer que o único teto que, na verdade, não é buscado é o representado pelo subsídio de Ministro do Supremo -, não tenho como deixar de acompanhar o Ministro Relator, provendo, portanto, o recurso para reformar o acórdão impugnado mediante o extraordinário.

Voto

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Formalmente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

Extrato de ata

Decisão: Após os votos dos Ministros Luiz Fux (Relator), Edson Fachin, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Celso de Mello, que davam provimento ao recurso extraordinário, e os votos dos Ministros Teori Zavascki e Rosa Weber, que o desproviam, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da Missão de Observação Eleitoral da União de Nações Sul-Americanas (UNASUL), relativamente às Eleições Gerais do Peru, e da 13ª Conferência Europeia dos Órgãos Eleitorais - *New Technologies in Elections: Public Trust and Challenges for Electoral Management Bodies*, promovida pela Autoridade Eleitoral Permanente da Romênia e pelo Conselho Europeu/Comissão de Veneza, na Romênia. Falaram, pela recorrente Associação dos Procuradores Municipais de Belo Horizonte - APROMBH, o Dr. Carlos Victor Muzzi Filho; pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Procuradores Municipais - ANPM, o Dr. Eduardo Mendonça, e, pelo *amicus curiae* Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 13/4/2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ *Maria Sílvia Marques dos Santos Assessora* - Chefe do Plenário.

Voto-vista

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, esse é um caso delicado, tendo em vista todas as suas repercussões, inclusive orçamentárias.

Na origem, trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ementado nos seguintes termos:

> Constitucional e administrativo. Procuradores municipais. Remuneração. Limite. Subsídio do prefeito. Art. 37, Inciso XI, da Constituição Federal. Nos termos da norma do art. 37, inciso XI, da CF/88, a remuneração devida aos Procuradores Municipais encontra limite no valor do subsídio do Prefeito, impondo-se destacar que, por óbvia hermenêutica do referido dispositivo constitucional, os Procuradores e Defensores referidos na parte final da norma são os da esfera estadual (f. 330).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (f. 344).

A Associação dos Procuradores Municipais de Belo Horizonte interpôs recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, apontando, em síntese, violação ao art. 37, XI, c/c art. 132 do texto constitucional.

A recorrente alega que o termo "Procuradores" constante da parte final do inciso XI do art. 37 da CF deve ser entendido de maneira ampla, a englobar todos os membros da advocacia pública estadual, distrital e municipal, de modo a ser aplicado como teto para essas carreiras o subsídio dos desembargadores do Tribunal de Justiça. A esse propósito, aduz o seguinte:

> Assim, há que se reconhecer aos Procuradores Municipais, porque "Procuradores" integrantes da Advocacia Pública, a aplicação da ressalva contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, sendo essa expressão, "Procuradores", expressão genérica, distinta da expressão "Procuradores dos Estados e do Distrito Federal", utilizada pela Constituição Federal, art. 132, quando quis se referir apenas aos Procuradores Estaduais (f. 362-363).

Os autos foram distribuídos à relatoria do Ministro Luiz Fux, que diante da relevância da matéria, manifestou-se pelo reconhecimento da repercussão geral. Em 15/12/2011, o Plenário reconheceu a repercussão geral da questão suscitada, nos seguintes termos:

> Recurso extraordinário. Repercussão geral. Constitucional. Administrativo. Teto remuneratório (CF, art. 37, XI). Procuradores municipais. Limite do subsídio do prefeito. Interpretação da parte final do dispositivo. Pretensão de aplicação da exceção também para os advogados públicos municipais. Limite do subsídio dos desembargadores do tribunal de justiça estadual. Questão constitucional com reflexos indiretos na esfera jurídica dos procuradores de todos os entes municipais da federação. Presença de repercussão geral sob os ângulos jurídico e econômico (CPC, art. 543-A, § 1º).

Em 13/4/2016, iniciou-se o julgamento de mérito do presente paradigma. O ilustre Relator, Ministro Luiz Fux, votou pelo provimento do recurso extraordinário, por entender que o teto que a Constituição impõe aos Procuradores do Estado e do Distrito Federal é o mesmo aplicável aos Procuradores dos Municípios, quando organizados em carreira.

Votaram com o Relator os Ministros Edson Fachin, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Celso de Mello.

O Ministro Teori Zavascki abriu a divergência. O saudoso Ministro entendeu que o termo "Procuradores" do art. 37, XI, da CF/88 não abrange os procuradores dos Municípios. Segundo ele, se entendêssemos pela amplitude sugerida do termo, deveriam também estar abrangidos os Procuradores da União, o que seria inconcebível. Pontuou ainda que possibilitar ao estado a fixação da remuneração de servidores municipais ofenderia o pacto federativo. Por esses motivos, negou provimento ao recurso para manter o acórdão recorrido. No mesmo sentido votou a Ministra Rosa Weber.

Tendo em vista a relevância e as peculiaridades do caso, pedi vista dos autos.

Após muito refletir, peço todos as vênias à divergência para acompanhar o Relator.

No presente paradigma, busca-se definir o alcance da expressão "Procuradores" de que trata o art. 37, XI, da CF/88. Mais especificamente, discute-se qual o teto a ser aplicado aos procuradores dos Municípios, se o subsídio do prefeito ou dos desembargadores. O referido dispositivo possui a seguinte redação:

> XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

Como já bem delineado pelo Relator em seu voto, o referido inciso estabelece quatro tetos distintos para a remuneração dos servidores públicos:

> a) como teto nacional, o subsídio de ministro do Supremo Tribunal;
>
> b) como teto estadual e distrital, dividido em razão do Poder em que atue o agente público, sendo o teto no âmbito do Executivo, o subsídio do Governador, no Legislativo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais, e no Judiciário, o subsídio dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça;
>
> c) como teto municipal, o subsídio do Prefeito;
>
> d) como teto para as funções essenciais a Justiça (Ministério Público, Defensores Públicos e Procuradores), o subsídio dos desembargadores dos Tribunais de Justiça Estaduais, limitado a noventa intei-

ros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Assim, verifica-se que às carreiras dos servidores públicos estaduais e municipais, o poder constituinte derivado estabeleceu como teto o subsídio do respectivo chefe de poder, permitindo ao ente federado, no entanto, no uso da sua autonomia, fixar teto remuneratório distinto.

Ocorre que, com relação às funções essenciais à justiça, compreendida aqui a advocacia pública, a defensoria pública e o ministério público, a Constituição entendeu por bem dar-lhes um tratamento diferenciado dos demais servidores, fixando-lhes como teto/subteto o subsídio dos desembargadores dos Tribunais de Justiça Estadual.

Com efeito, o texto do art. 37, XI, refere-se apenas a Procurador, não especificando as carreiras a que se refere. Nessa esteira, destaco que, apesar de a Constituição Federal não fazer menção expressa aos Procuradores Municipais, há que se reconhecer que, quando organizados em carreira, também exercem o *munus* de advogados públicos, realizando atividades congêneres àquelas desempenhadas pelos advogados da União (incluídos os procuradores), dos Estados e do Distrito Federal, prestando consultoria jurídica e representando judicial e extrajudicialmente a municipalidade.

Assim, como bem salientado pela Ministra Cármen Lúcia em seu voto, a interpretação extensiva do termo "Procuradores" e a aplicação do subteto referente ao subsídio dos desembargadores aos Procuradores Municipais devem-se ao fato de não haver em nosso país um poder judiciário municipal.

Cabe ainda salientar que o teto remuneratório é o limite máximo de remuneração que poderá ser auferida por um servidor público, não o mínimo. Continua o chefe do poder executivo, estadual ou municipal, assim como ocorre na esfera federal, apto, por meio da iniciativa legislativa, estruturar as carreiras dos procuradores estaduais e municipais de forma a não receberem esse teto.

Ante o exposto, peço vênia à divergência para acompanhar o Relator e dar provimento ao recurso extraordinário.

Voto

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, peço vênia à divergência e acompanho Vossa Excelência, dando provimento ao recurso.

Extrato de ata

Decisão: Após os votos dos Ministros Luiz Fux (Relator), Edson Fachin, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Celso de Mello, que davam provimento ao recurso extraordinário, e os votos dos Ministros Teori Zavascki e Rosa Weber, que o desproviam, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da Missão de Observação Eleitoral da União de Nações Sul-Americanas (UNASUL), relativamente às Eleições Gerais do Peru, e da 13ª Conferência Europeia dos Órgãos Eleitorais - New Technologies *in Elections: Public Trust and Challenges for Electoral Management Bodies*, promovida pela Autoridade Eleitoral Permanente da Romênia e pelo Conselho Europeu/Comissão de Veneza, na Romênia. Falaram, pela recorrente Associação dos Procuradores Municipais de Belo Horizonte - APROMBH -, o Dr. Carlos Victor Muzzi Filho; pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Procuradores Municipais - ANPM -, o Dr. Eduardo Mendonça, e, pelo *amicus curiae* Conselho Federal da Ordem

dos Advogados do Brasil, o Dr. Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 13/4/2016.

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o Tema nº 510 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Teori Zavascki e Rosa Weber. Em seguida, fixou-se a seguinte tese: "A expressão 'Procuradores', contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição da República, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal". Impedido o Ministro Roberto Barroso. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes por suceder o Ministro Teori Zavascki. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, que já havia votado em assentada anterior, e Dias Toffoli (Presidente). Presidência do Ministro Luiz Fux (Vice-Presidente). Plenário, 28/2/2019.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli, Presidente.

Procuradora-Geral da República, Dr.ª Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza - Assessora - Chefe do Plenário.

(Publicado no *DJe* de 22 de agosto de 2019.)

• • •

Competência - Homicídio - Exterior - Brasileiro nato - Justiça estadual

1 - A prática do crime de homicídio por brasileiro nato no exterior não ofende bens, serviços ou interesses da União, sendo da Justiça estadual a competência para processar e julgar.

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.175.638 - PR - Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO

Agravante: Ministério Público Federal - Agravado: F.A.R.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em desprover o agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do relator e por maioria de votos, em sessão presidida pelo Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 2 de abril de 2019. - *Ministro Marco Aurélio* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Em 22 de novembro de 2018, proferi a seguinte decisão:

> Recurso Extraordinário. Homicídio praticado no exterior. Competência. Tribunal do Júri estadual. Provimento.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça confirmou o entendimento do Tribunal de origem fixando a competência da Justiça Federal para o recebimento de denúncia pela prática de crime de homicídio ocorrido no exterior. No extraordinário, o recorrente alega a violação do artigo 109, incisos III, IV e X, da Constituição Federal. Aduz ser da competência do Tribunal do Júri estadual o julgamento dos crimes dolosos contra a vida não enquadrados nas hipóteses constitucionais exaustivas de fixação da competência da Justiça Federal.
>
> 2. Eis a síntese do acórdão recorrido:
>
> Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crime praticado por brasileiro nato em território estrangeiro. Homicídio. Extradição requerida pelo Paraguai. Indeferimento pelo STF. Competência para a ação penal no Brasil. Justiça Federal. Cooperação internacional. Interesse jurídico da União. Relações com Estados estrangeiros e cumprimento de tratados firmados (CF/88, arts. 21, I, e 84, VII e VIII). Competência da União. Tratado de extradição entre a República Federativa do Brasil e os Estados partes do Mercosul. Competência da Justiça Federal firmada. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.
>
> I - "Compete à Justiça Federal o processamento e o julgamento da ação penal que versa sobre crime praticado no exterior, o qual tenha sido transferida para a jurisdição brasileira, por negativa de extradição, aplicável o art. 109, IV, da CF." (CC 154.656/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Ribeiro Dantas, *DJe* 03/05/2018, grifei).

II - *In casu*, o v. acórdão fixou a competência da Justiça Federal para o julgamento da ação penal em que o recorrente, que é brasileiro nato, foi denunciado pela prática de homicídio de cidadão paraguaio, ocorrido no Paraguai, e teve o pedido de extradição indeferido pelo Supremo Tribunal Federal, em razão de sua condição de nacional.

III - Aplicável ao caso, o Decreto n. 4.975/2004, que incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro o Tratado de Extradição entre o Governo da República Federativa do Brasil e os Estados partes do Mercosul, no qual estabelece que, na impossibilidade de extradição do acusado por ser nacional da parte requerida, a obrigação de "promover o julgamento do indivíduo" (art. 11.3, do Tratado de Extradição). A competência da Justiça Federal para processar o feito se extrai da matéria - cooperação internacional, com esteio no art. 109, III, IV e X, da Constituição Federal.

IV - Compete à União manter relações com estados estrangeiros e cumprir os tratados firmados, fixando-se a sua responsabilidade na *persecutio criminis* nas hipóteses de crimes praticados por brasileiros no exterior, na qual haja incidência da norma interna, e não seja possível a extradição, segundo dispõem os arts. 21, I, e 84, VII e VIII, da Constituição Federal. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.

A aplicabilidade extraterritorial da lei penal pátria surge induvidosa. Trata-se de crime de homicídio, punível no Paraguai, cujo agente, cidadão brasileiro, não está sujeito à extradição.

O Decreto nº 4.975/2004, por si só, não atrai a competência da Justiça Federal vez que a persecução penal não é fundada no acordo de extradição, mas no Código Penal brasileiro. Ainda, o simples fato de o delito ter sido cometido por brasileiro no exterior é neutro para estabelecer a competência da Justiça Federal, porquanto não ofende bens, serviço ou interesse da União. No mais, não se questiona a nacionalidade do réu – artigo 109, incisos III, IV, e X, da Constituição Federal.

Atuando no campo monocrático, devo atentar para os precedentes do Tribunal, com os quais o acórdão recorrido mostra-se divergente. No *habeas corpus* nº 105.461/SP, de minha relatoria, a primeira Turma assentou a competência do Tribunal do Júri estadual, afastando a incidência da mencionada regra constitucional, cuja interpretação há de ser restritiva.

3. Ante o quadro, dou provimento ao extraordinário para fixar a competência da Justiça Estadual do Paraná para o julgamento do feito.

4. Publiquem.

O Ministério Público Federal alega inobservado o § 1º do artigo 21 do Regimento Interno do Supremo. Quanto ao tema de fundo, diz da competência da Justiça Federal para processar e julgar os delitos praticados pelo agravado, uma vez que o crime se consumou integralmente no exterior e foi negada a extradição do acusado, aludindo ao Decreto nº 4.975/2004. Afirma caracterizado o interesse da União.

O agravado, intimado, aponta o acerto do ato atacado. Requer seja o recurso levado ao Pleno.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por Subprocuradora-Geral da República, foi protocolada no prazo legal.

Improcede a pretensão do agravante. A aplicabilidade extraterritorial da lei penal pátria surge induvidosa. Trata-se de crime de homicídio, punível no Paraguai, cujo agente, cidadão brasileiro, não está sujeito à extradição.

O Decreto nº 4.975/2004, por si só, não atrai a competência da Justiça Federal uma vez que a persecução penal não é fundada no acordo de extradição, mas no Código Penal brasileiro. Ainda, o simples fato de o delito ter sido cometido por brasileiro no exterior é neutro para estabelecer a competência da Justiça Federal, porquanto deixa de ofender bens, serviço ou interesse da União. No mais, é ausente o questionamento a respeito da nacionalidade do réu – artigo 109, incisos III, IV e X, da Constituição Federal.

A conclusão adotada pelo Superior Tribunal de Justiça contraria o entendimento versado no *habeas corpus* nº 105.461/SP, de minha relatoria, no qual assentada a competência do Tribunal do Júri estadual, afastando a incidência da mencionada regra constitucional, cuja interpretação há de ser restritiva.

Conheço do agravo interno e o desprovejo.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Trata-se de Recurso Extraordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, em Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, manteve a decisão denegatória da ordem proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que afirmou a competência da justiça federal para o processamento e julgamento de crime de homicídio praticado por brasileiro em território estrangeiro, cujo pedido de extradição tenha sido recusado.

O acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça foi assim ementado:

> Penal e processual penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crime praticado por brasileiro nato em território estrangeiro. Homicídio. Extradição requerida pelo Paraguai. Indeferimento pelo STF. Competência para a ação penal no Brasil. Justiça Federal. Cooperação internacional. Interesse jurídico da União. Relações com estados estrangeiros e cumprimento de tratados firmados (CF/88, arts. 21, *i*, e 84, VII e VIII). Competência da União. Tratado de extradição entre a República Federativa do Brasil e os Estados partes do Mercosul. Competência da Justiça Federal firmada. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.
>
> I - "Compete à Justiça Federal o processamento e o julgamento da ação penal que versa sobre crime praticado no exterior, o qual tenha sido transferida para a jurisdição brasileira, por negativa de extradição, aplicável o art. 109, IV, da CF." (CC 154.656/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Ribeiro Dantas, *DJe* 03/05/2018).
>
> II - *In casu*, o v. acórdão fixou a competência da Justiça Federal para o julgamento da ação penal em que o recorrente, que é brasileiro nato, foi denunciado pela prática de homicídio de cidadão paraguaio, ocorrido no Paraguai, e teve o pedido de extradição indeferido pelo Supremo Tribunal Federal, em razão de sua condição de nacional.
>
> III - Aplicável ao caso, o Decreto n. 4.975/2004, que incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro o Tratado de Extradição entre o Governo da República Federativa do Brasil e os Estados partes do Mercosul, no qual estabelece que, na impossibilidade de extradição do acusado por ser nacional da parte requerida, a obrigação de "promover o julgamento do indivíduo" (art. 11.3, do Tratado de Extradição).

> A competência da Justiça Federal para processar o feito se extrai da matéria - cooperação internacional, com esteio no art. 109, III, IV e X, da Constituição Federal.
>
> IV - Compete à União manter relações com estados estrangeiros e cumprir os tratados firmados, fixando-se a sua responsabilidade na *persecutio criminis* nas hipóteses de crimes praticados por brasileiros no exterior, na qual haja incidência da norma interna, e não seja possível a extradição, segundo dispõem os arts, 21, I, e 84, VII e VIII, da Constituição Federal. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.

Nas razões do Recurso Extraordinário, a Defensoria Pública da União defende, preliminarmente, a existência de repercussão geral da matéria recursal e o cumprimento do requisito do prequestionamento.

No mérito, infirma as razões do aresto impugnado asseverando que

> A escolha da competência no presente caso, lastreada tão somente na facilitação do trabalho acusatório representa violação indevida e inaceitável da garantia do juiz natural e imparcial, motivo pelo qual não deve ser tolerada". Argumenta, ainda, que "O simples fato do crime ter sido praticado no exterior, por brasileiro, não se enquadra validamente em nenhuma das hipóteses constitucionais que de forma exaustiva delimitam a competência da Justiça Federal. Ainda que indubitável hipótese de aplicação extraterritorial da lei penal brasileira, tal circunstância por si só não ofende a bens, serviços ou interesses da União, conforme art. 109, IV, da Constituição Federal. (Vol. 1, fl. 148 ,e-STJ).

Ademais, suscita a improcedência da afirmação da competência da justiça federal lastreada no Acordo de Extradição entre Estados Partes do Mercosul, promulgado no Brasil pelo Decreto 4.975/2004, ao argumento de que "Se tal argumento fosse válido qualquer fato que tivesse por base uma norma de tratado ou acordo intencional atrairia a competência da Justiça Federal, quando o fato devesse ser apreciado no Brasil, como por exemplo as inúmeras disputas comerciais, demandas de família e etc, entre particulares que são processadas regularmente na Justiça Estadual."

Por fim, pede o provimento do recurso pela violação ao art. 109, III, IV, e X, da CF, reconhecendo a competência da justiça estadual.

O Ministério Público Federal, em contrarrazões, pede o não conhecimento do recurso extraordinário por ausência de afronta à Constituição Federal. No mérito, defende a competência da justiça federal para o processamento e julgamento de ação penal que verse sobre crime praticado no exterior que tenha sido transferida para a jurisdição brasileira por força de recursa de extradição.

Distribuído o Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, o Rel. Min. Marco Aurélio proveu o apelo para fixar a competência da Justiça Estadual do Paraná para o julgamento do feito.

Em Agravo Regimental, o Ministério Público Federal esclarece que

> 12. A impossibilidade da extradição do Agravado, expressamente vedada pelo art. 5º, inciso LI, da Constituição Federal, diante da sua condição de brasileiro nato, impôs que o seu julgamento pelos crimes cometidos no Paraguai ocorra no Brasil, observada a legislação brasileira (*princípioo aut dedere aut judicare*). 13. A transferência do procedimento criminal à jurisdição da justiça brasileira ocorreu no campo da cooperação jurídica internacional, em atendimento aos termos do Acordo de Extradição firmando entre os Estados Partes do Mercosul, ratificado pelo Estado brasileiro, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 605, de 2003 e promulgado pelo Decreto nº 4.975/2004".(Doc. 7).

Assim, requer o provimento do Agravo Regimental ao fundamento de que a competência para o julgamento dos crimes consumados integralmente no exterior por brasileiros, cuja extradição tenha sido negada, é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, III, da Constituição Federal.

Em contrarrazões, a Defensoria Pública da União pede o desprovimento do Agravo, asseverando que

> Ainda que se argumente que direta ou indiretamente aqui se cuide de um caso em que deve prevalecer a cooperação internacional, não nos parece que o processo e julgamento do acusado na Justiça Estadual seja uma afronta ou desrespeito a tal instituto. Ora, Excelentíssimos Senhores Ministros, a obrigação legal do Estado brasileiro é a de processar e julgar o seu nacional inextraditável, isto em obediência ao Princípio *aut dedere aut judicare*, também chamado *extraditare vel iudicare*, ou ainda *extradite or prosecute*, que em singelas palavras significa "se não extraditar, processe". (Doc. 14).

É o relatório.

O agravo merece provimento.

De fato, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça encontra-se em harmonia com o disposto no art. 109, III, da Constituição Federal, haja vista revelar hipótese de necessária atuação da União no cumprimento de Tratados e Acordos Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

No caso, trata-se de imputação da prática de crime de homicídio qualificado praticado por brasileiro em território paraguaio. O governo da República do Paraguay solicitou a extradição do ora agravado, pedido este que foi indeferido por esta Corte por meio da Extradição 1446, em razão da condição de brasileiro nato do ora agravado.

Diante desse cenário, faz-se imperiosa a incidência do art. 11 do Acordo de Extradição entre Estados Partes do Mercosul, promulgado pelo Decreto 4.975/2001. Referido dispositivo dispõe que:

> 1. A nacionalidade da pessoa reclamada não poderá ser invocada para denegar a extradição, salvo disposição constitucional em contrário.
>
> 2. Os Estados Partes que não contemplem disposição de natureza igual à prevista no parágrafo anterior poderão denegar-lhe a extradição de seus nacionais.
>
> **3. Nas hipóteses dos parágrafos anteriores, o Estado Parte que denegar a extradição deverá promover o julgamento do indivíduo, mantendo o outro Estado Parte informado do andamento do processo, devendo ainda remeter, finalizado o juízo, cópia da sentença.**
>
> 4. Para os efeitos deste Artigo, a condição de nacional será determinada pela legislação do Estado Parte requerido, apreciada quando do momento da apresentação do pedido de extradição, e sempre que a nacionalidade não tenha sido adquirida com o propósito fraudulento de impedi-la. (grifo nosso).

Assim, em se tratando de cooperação internacional em que o Estado Brasileiro se compromete a promover o julgamento criminal de indivíduo cuja a extradição tenha sido denegada em função de sua nacionalidade, exsurge a competência da justiça federal para o processamento e julgamento da ação penal, conforme preceitua o art. 109, III, da Constituição Federal.

Nestes termos, dou provimento ao Agravo Regimental para negar seguimento ao Recurso Extraordinário, e assim, restabelecer o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

É o voto.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Alexandre de Moraes. Presidência do Ministro Luiz Fux. Primeira Turma, 2.4.2019.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Carlos Alberto Carvalho de Vilhena Coelho.

João Paulo Oliveira Barros - Secretário da Primeira Turma.

(Publicado no *DJe* de 26 de abril de 2019.)

• • •