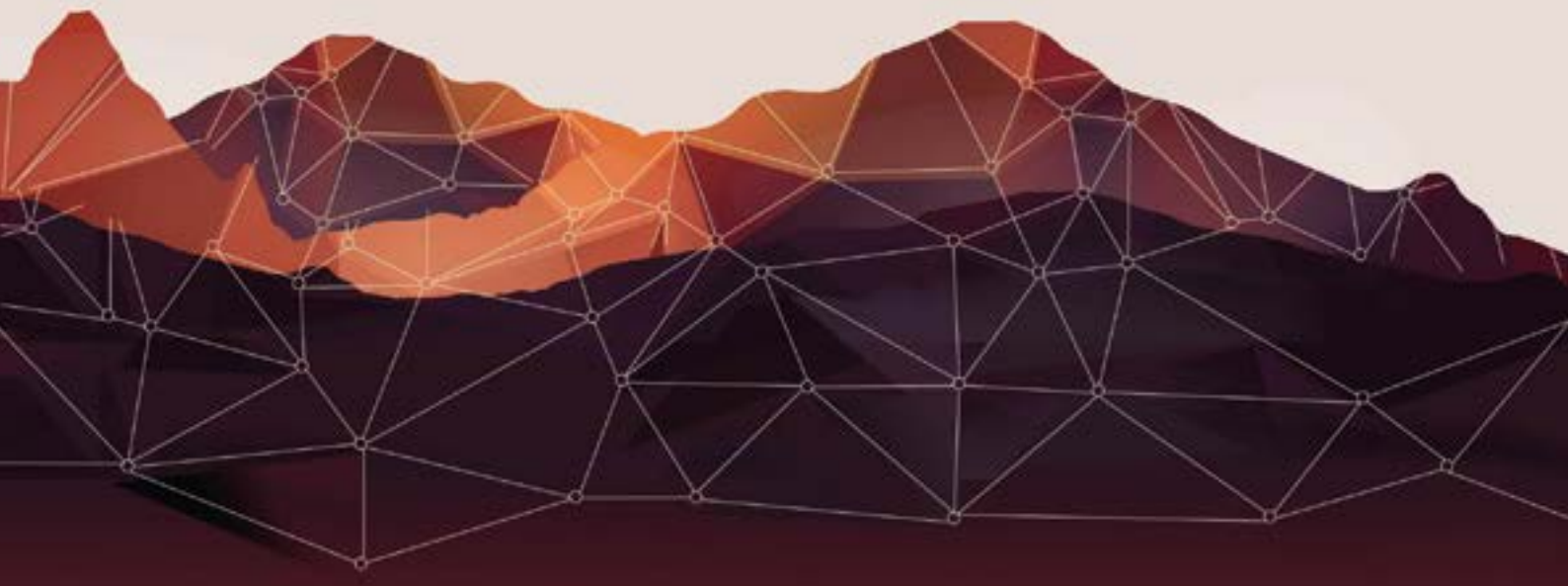
| Revista Eletrônica

Jurisprudência Mineira

Ano 71 | v. 228 | julho a dezembro de 2020



EJEF | TJMG

Revista Eletrônica
Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

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

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

Jurisprudência Mineira	Belo Horizonte	a. 71	v. 228	p.1-592	jul./dez. 2020

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Superintendente
Des. Tiago Pinto

Superintendente Adjunta
Des.ª Mariangela Meyer Pires Faleiro

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

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

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas
Thelma Regina Cardoso

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental
Fernando Rosa de Sousa

Gerente de Jurisprudência e Publicações Técnicas
Thiago Israel Simões Doro Pereira

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

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

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

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

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

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 1 n° 1 1950-2020
Belo Horizonte, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Semestral.
ISSN 0447-1768

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

CDU 340.142 (815.1)

ISSN 0447-1768

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Presidente

Desembargador GILSON SOARES LEMES

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA

Segundo Vice-Presidente

Desembargador TIAGO PINTO

Terceiro Vice-Presidente

Desembargador NEWTON TEIXEIRA CARVALHO

Corregedor-Geral de Justiça

Desembargador AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO

Comitê Técnico da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Desembargadores

Tiago Pinto

Mariangela Meyer Pires Faleiro

José Marcos Rodrigues Vieira

Jaubert Carneiro Jaques

Moacyr Lobato de Campos Filho

Juiz de Direito

Murilo Sílvio de Abreu

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas

Thelma Regina Cardoso

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental

Fernando Rosa de Sousa

Comissão de Divulgação da Jurisprudência

Desembargadores

Tiago Pinto

Segundo Vice-Presidente

Armando Freire

Evangelina Castilho Duarte

Júlio César Lorens

Lailson Braga Baeta Neves

Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires

Osvaldo Oliveira Araújo Firmo

Rogério Medeiros Garcia de Lima

Sandra Alves de Santana e Fonseca

SUMÁRIO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO **7**

Nota biográfica **8**

Nota Histórica **9**
Diálogos entre Cultura e Patrimônio Cultural
Andréa Vanêssa Costa Val

DOUTRINA

A extensão da curatela para todos os atos da vida civil: observância ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana **12**
Ana Carolina Ronizini Braga

Sistemas penitenciários: evolução histórica no contexto mundial **21**
Rodrigo Martins Faria

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Órgão Especial 29

Súmulas 40

Jurisprudência Cível 42

Jurisprudência Criminal 433

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA **562**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **581**

Desembargador

BADY RAIMUNDO CURI

Desembargador Bady Raimundo Curi

O Desembargador Bady Raimundo Curi, mineiro de Belo Horizonte, nasceu no dia 12 de abril de 1934.

Bacharelou-se pela Faculdade de Direito da PUC Petrópolis em 1963, exercendo a advocacia no extinto Estado da Guanabara.

Ingressou na Magistratura Mineira em 1967. Foi Juiz de Direito das Comarcas de Prados, Alpinópolis, Visconde do Rio Branco e Belo Horizonte.

Em 1981, foi promovido para o cargo de Juiz do extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais (TAMG), ocupando a sua Vice-Presidência em 1986.

No dia 9 de setembro de 1987, tomou posse no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), onde exerceu a função de 1º Vice-Presidente (1997), 2º Vice-Presidente e Superintendente da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (2002/2004). Aposentou-se noTJMG aos 19 de fevereiro de 2004.

No Magistério, foi Professor de Direito Público, na Faculdade de Ciências Econômicas, Administrativas e Contábeis de Visconde do Rio Branco (1972/1973),Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Sete Lagoas (1978/1984) e Professor licenciado da Faculdade de Direito da Universidade Católica de MG (Puc Minas).

O Desembargador Bady Curi foi Membro da Diretoria e Consultor Jurídico da União Espírita Mineira desde 1964. Faleceu em 7 de agosto de 2015.

REFERÊNCIAS

TJMG. Acervo da MEJUD. Belo Horizonte.

TJMG. Arquivo de Provimento de Comarcas da Magistratura de MG. Ficha Funcional. Belo Horizonte.

TJMG. Lista de Desembargadores. Belo Horizonte. Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/institucional/magistratura/bady-raimundo-curi- falecimento-em-07-08-2015-1.htm. Acesso em: 17.03.2023.

DIÁLOGOS ENTRE CULTURA E PATRIMÔNIO CULTURAL[1]

A transmissão da cultura é um processo essencialmente humano, em que se repassa aos seus descendentes técnicas, valores e conhecimentos. Segundo Tylor (1871, p. 1), "cultura é todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem enquanto membro de uma sociedade". Atualmente, entendemos a cultura como um processo acumulativo, em que o homem adquire conhecimentos e experiências das gerações anteriores, que, por sua vez, será transformado com suas próprias experiências, as quais serão repassadas às próximas gerações. Entretanto, Geertz (1989), enfatiza que:

> A cultura não é um poder, algo ao qual podem ser atribuídos casualmente os acontecimentos sociais, os comportamentos, as instituições ou os processos. Ela é um contexto, algo dentro do qual eles, os símbolos, podem ser descritos de forma inteligível – isto é, descritos com densidade (Geertz, 1989, p. 24).

De forma objetiva, tem-se a cultura como a identidade e as práticas sociais propícias a um determinado grupo, tempo e espaço. Por consequência, entende-se a cultura por sua dinamicidade e pluralidade, sempre se moldando às diversidades locais e cravada a uma base territorial.

Como bem explica Leff:

> A cultura, entendida como as formas de organização simbólica do gênero humano remete a um conjunto de valores, formações ideológicas e sistemas de significação, que orientam o desenvolvimento técnico e as práticas produtivas, e que definem os diversos estilos de vida das populações humanas no processo de assimilação e transformação da natureza (Leff, 2000, p. 123).

Ou seja, a cultura é um vasto sistema de códigos que arquiva elementos identitários de um grupo e, assim, "seu produto" pode ser capaz de confirmar a gama de trações culturais de uma comunidade ou nação.

Consequentemente, cabe o entendimento quanto ao patrimônio cultural. De origem latina, a palavra patrimônio, deriva de *pater* – pai, e remete à ideia de um conjunto de bens pertencentes ao pai. Na sociedade romana, a palavra *patrimonium* alude à ideia de herança, ou seja, algo que o pai deixava para os filhos em testamento. Nesse sentido, Funari e Pelegrini (2006, p. 11) afirmam que, no "conceito de patrimônio surgido no âmbito privado do direito, a propriedade estava intima-

[1] Autoria: Andréa Vanêssa Costa Val, coordenadora da Memória do Judiciário Mineiro; Rayane Soares Rosário, museóloga consultora; e Thais Andrade Alvim, historiadora consultora, sob a supervisão do Desembargador Marcos Henrique Caldeira Brant, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro – TJMG.

mente ligada aos pontos de vista aristocráticos". Tal afirmação parte do pressuposto que a maioria dos romanos era desprovida de patrimônio – não possuíam bens, nem escravos, por isso, a relação entre o patrimônio e a aristocracia.

A dispersão do cristianismo e a ascendência política e cultural da Igreja Católica alteram a noção de patrimônio da época, que passa a ter um caráter mais "simbólico e coletivo" ligado à religião e devoção aos santos, valorização das relíquias e dos lugares de culto, adquirindo também interpretações populares (Funari e Pelegrini, 2006). Isto é, ainda que o caráter aristocrático do patrimônio permaneça, os sentimentos religiosos elevam-se à esfera de valores sociais compartilhados numa abundância de formas materiais e espirituais.

Com o surgimento dos Estados-Nação, novamente ocorreu uma série de mudanças e transformações no conceito de patrimônio. É a partir de então que os monumentos, as grandes expressões da arquitetura religiosa, civil e militar, os espaços de convívio social, os livros e documentos e as obras de arte passam a ser caracterizados como subsídios capazes de auxiliar a formação de uma memória coletiva e uma unidade política necessária para a construção de uma identidade nacional. Em consequência, o conceito de patrimônio se delineia nas concepções atuais, passa a ser visto não mais no âmbito privado ou religioso das tradições antigas medievais, mas de forma coletiva.

Em associação ao o conceito de cultura, o patrimônio cultural pode ser classificado como a herança de uma sociedade e, assim como a cultura, é transmitido por mecanismos de identificação resultantes de ações sociais, fomentando nossas singularidades.

Dentre os múltiplos conceitos que rondam o termo patrimônio, o mais comum pauta-se na noção de **bens**, objetos de valor, memória e herança. Associado a esse conceito, o termo "patrimônio cultural" assume a característica de uma construção da cidadania, com questões sobre valores econômicos e simbólicos e usuais e afetivos, desde que esses valores se relacionem pelo vínculo da apropriação e identidade.

Entende-se, portanto, que a memória assegura sua reprodução social, agindo na construção cultural e na formação da imagem nacional para reforçar a identidade individual, coletiva e nacional, compreendendo-se que a identidade é uma construção social e simbólica e, atualmente, considerada de forma múltipla, dinâmica e plural. Consequentemente,

> enquanto indivíduos, somos favorecidos por múltiplas possibilidades de identificação pessoal e cultural e dentre as várias possibilidades de identidades culturais que podemos assumir está a identidade nacional, considerada fonte fundamental de identidade cultural (Hall, 2005, p. 7).

De acordo com Hall (2005), a identidade nacional faz parte de um sistema de representação cultural. Ou como defendem Kalina Silva e Maciel Silva (2005), a identidade nacional é como os próprios agentes da história se veem, individualmente e também inserido num todo. Isto é, dentre outros elementos, a cultura nacional é composta por discursos nacionais, crenças, memórias e identidade

do povo. É a partir da memória que são definidas as relações sociais e que são feitas as opções do que deve ser preservado do patrimônio cultural.

Por fim, cabe considerar que, indo de encontro ao que é defendido por Canclini (1998), o patrimônio cultural é percebido como um conjunto de referências simbólicas, em que se estabelece uma relação de reconhecimento e de identificação entre o homem e suas práticas culturais, que orienta e contribui com o sentido de coerência social. Nesse sentido, o passado funciona como um elo e é utilizado como um mecanismo que fortalece a identidade coletiva no presente, constituindo uma via entre as diferentes dimensões temporais. Como resultado, o patrimônio passa a transmitir uma identidade, coberto por referências simbólicas, as quais se tornam heranças culturais e são amparadas por diversos grupos sociais.

Referências

CANCLINI, Néstor García. *Culturas híbridas*: estratégias para entrar e sair da modernidade. 3. ed. Trad. Ana R. Lessa e Heloísa P. Cintrão. São Paulo: Edusp, 1998.

FUNARI, Pedro Paulo Abreu; PELEGRINI, Sandra C. A. *Patrimônio histórico e cultural*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

GEERTZ, Clifford. Uma descrição densa. *In*: GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1989.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Trad. de Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

LEFF, Enrique. *Ecologia, capital e cultura*. Blumenau: Edifurb, 2000.

SILVA, Kalina Vanderlei; SILVA, Maciel Henrique. *Dicionário de conceitos históricos*. São Paulo: Contexto, 2005.

TYLOR, Edward. *Cultura primitiva*. Londres: John Mursay & Co, 1871.

A extensão da curatela para todos os atos da vida civil: observância ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Ana Carolina Ronizini Braga[1]

Resumo: A entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe significativas mudanças para o ordenamento jurídico brasileiro, mormente no que tange à teoria das incapacidades. Considerado um importante marco na positivação dos direitos das pessoas com deficiência, o Estatuto alterou consideravelmente os arts. 3º e 4º do Código Civil, retirando do elenco dos absolutamente e relativamente incapazes aqueles que, por enfermidade mental, não possuíssem o discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil ou o tivessem reduzido. À vista disso, o instituto da curatela também foi modificado, passando a ser adotado como medida protetiva excepcional, afetando apenas os direitos negociais e patrimoniais da pessoa com deficiência. Contudo, diante de situações de extrema vulnerabilidade, há que se cogitar a possibilidade de extensão da curatela para todos os atos da vida civil, de modo a assegurar os direitos fundamentais desses indivíduos, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Incapacidade. Curatela. Atos da vida civil. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

1 Introdução

Com o advento da Lei nº 13.146/2015, a qual instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, muito se discutiu acerca das alterações trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no regime das incapacidades adotado pelo Código Civil.

Aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, foram retirados da condição de absolutamente incapazes, dissociando a deficiência da automática incapacidade.

[1] Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduada em Advocacia Cível pela Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Estagiária de Pós-Graduação em Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *E-mail*: ana.ronizini@gmail.com.

De igual modo, as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, passaram a ser consideradas relativamente incapazes para certos atos da vida civil ou à maneira de exercê-los.

Assim, o instituto da curatela passou a ter o caráter de medida protetiva extraordinária, proporcional às peculiaridades de cada caso, sendo adotada pelo menor prazo possível e tutelando apenas os direitos de natureza patrimonial e negocial das pessoas com deficiência.

Contudo, a autonomia daquelas pessoas que não puderem exprimir sua vontade deve ser compatibilizada com as suas reais capacidades para a prática dos atos da vida civil, com o escopo de afastá-las da situação de vulnerabilidade na qual se encontram.

O presente artigo busca analisar a possibilidade de se estender a curatela a todos os atos da vida civil e não somente àqueles relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial das pessoas com deficiência, conforme prevê o art. 85 da Lei nº 13.146/2015.

É cediço que o Estatuto se apresenta como um relevante instrumento normativo voltado à proteção das pessoas com deficiência, com vistas a assegurar, em condições de igualdade, o exercício de seus direitos e liberdades fundamentais, promovendo a inclusão social desses indivíduos, consoante estabelece seu art. 1º.

Não obstante, ao considerar capazes todas as pessoas que, por deficiência mental ou intelectual, apresentem reduzido ou ausente o discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil, independentemente do grau ou da especificidade de cada caso, o Estatuto acabou por colocá-las em situação de manifesto desamparo.

Com base nessa concepção, apontada como o marco teórico da presente pesquisa, será analisado um julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o qual corrobora o argumento de que a instituição da curatela para todos os atos da vida civil mostra-se, em situações de extrema vulnerabilidade, uma medida acertada, compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, concretizado pelo próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência.

2 A anterior teoria das incapacidades do ordenamento jurídico brasileiro

A capacidade civil era definida como a aptidão do sujeito para adquirir direitos e exercê-los por si mesmo, diretamente ou por intermédio de outrem, fosse por meio da representação, fosse pelo instituto da assistência (PEREIRA, 2011).

Flávio Tartuce classificava-a como capacidade de direito ou de gozo, que era aquela comum a toda pessoa, relacionada à aquisição de direitos e ao cumprimento de deveres, e que só se extinguia com a morte prevista no texto legal; e capacidade de fato ou de exercício, a qual se relacionava com a aptidão do sujeito para o exercício próprio dos atos da vida civil (TARTUCE, 2018).

A capacidade configurava-se como regra existente na legislação civilista, sendo a incapacidade sua exceção.

Com efeito, nem todos os indivíduos possuíam plena faculdade mental para o exercício pessoal e direto dos direitos civis, necessitando que outra pessoa os assistisse ou representasse quando da prática de determinados atos. Eram os que a lei denominava como incapazes (PEREIRA, 2011).

Nesse sentido, a incapacidade podia ser classificada como absoluta ou relativa, dependendo do grau de discernimento manifestado pela pessoa.

Os absolutamente incapazes, segundo Tepedino, Barboza e Moraes (2007), referiam-se àqueles impossibilitados de exercer os direitos que lhe eram próprios, em razão da total ausência de manifestação volitiva, a qual gerava a necessidade de sua representação para a prática dos atos da vida civil.

Os relativamente incapazes, por sua vez, eram pessoas que, em decorrência da redução na sua capacidade de entendimento, não tinham possibilidade de manifestarem sozinhas sua vontade, precisando, assim, da assistência de terceiros para a consentânea participação em sociedade (DINIZ, 2012).

A elaboração da teoria das incapacidades, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira (2011), respaldou-se na necessidade de proteger aqueles que detinham uma deficiência juridicamente considerável a qual os tornava inaptas para o pleno exercício dos atos da vida civil, em virtude da ausência ou redução de discernimento.

Antes da Lei nº 13.146/2015, o Código Civil, em seu art. 3º, preceituava que:

> Art. 3º São **absolutamente incapazes** de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
>
> I - os menores de dezesseis anos;
>
> **II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;**
>
> **III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade** (BRASIL, 2002, grifos nossos).

Da mesma forma, dispunha o art. 4º do referido diploma legal:

> Art. 4º **São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer**:
>
> I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
>
> II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
>
> **III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo**;
>
> IV - os pródigos (BRASIL, 2002, grifos nossos).

Como visto, a antiga redação dos arts. 3º e 4º do Código Civil levava em conta a extensão da deficiência mental ou intelectual apresentada pelo indivíduo para enquadrá-lo como absolutamente ou relativamente incapaz, de forma a vincular aquela enfermidade à completa ausência ou à redução do necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil.

3 As alterações promovidas pela Lei de Inclusão no regime das incapacidades

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também denominada como Estatuto da Pessoa com Deficiência, representa um expressivo avanço no sistema de proteção dos direitos fundamentais desses indivíduos.

Pautado pelas diretrizes traçadas na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Estatuto, consoante estabelece o seu art. 1º, "destina-se a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania" (BRASIL, 2015).

Outrossim, o art. 2º do referido diploma legal considera como pessoa com deficiência aquela que apresenta impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais podem prejudicar sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com os demais cidadãos (BRASIL, 2015).

Ainda, nos termos de seus arts. 6º e 84, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa (BRASIL, 2002), modificando, assim, substancialmente, o regime das incapacidades até então vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Observe-se que o conceito de incapacidade absoluta e relativa não foi alterado pela Lei, mas tão somente as hipóteses taxativas descritas nos arts. 3º e 4º do Código Civil. Destarte, a capacidade continua sendo a regra existente na legislação civilista brasileira, conforme já mencionado.

As pessoas com deficiência mental e intelectual foram retiradas do rol dos absolutamente incapazes, previsto no art. 3º do Código Civil, tornando-se, em regra, plenamente capazes para os atos da vida civil. Com a nova redação, apenas os menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes (BRASIL, 2002).

Por sua vez, consoante dispõe o art. 4º, III, do Código Civil, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, passaram a ser considerados relativamente incapazes para a prática de certos atos da vida civil (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, afirma Flávio Tartuce: "[...] Todas as pessoas com deficiência que eram tratadas no comando anterior passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa à sua total inclusão social, em prol de sua dignidade" (TARTUCE, 2018, p. 125).

Frise-se, portanto, que não mais existe no ordenamento jurídico brasileiro pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade.

4 O instituto da curatela à luz da Lei Brasileira de Inclusão

Compreendida como um instituto de direito assistencial, a curatela, nas palavras de Flávio Tartuce, visa à representação dos direitos dos maiores incapazes que, por si sós, não estão em condições de fazê-lo, em razão de enfermidade ou deficiência mental, havendo um encargo público atribuído por lei a alguém para reger e administrar os seus bens (TARTUCE, 2018).

A finalidade precípua da curatela é proteger os interesses dos incapazes, essencialmente os de natureza patrimonial, bem como preservar os efeitos jurídicos dos negócios realizados por eles perante terceiros (VENOSA, 2017).

O doutrinador afirma, ainda, que "a curatela assumiu a natureza de um múnus público, na medida que o Estado se incumbiu da proteção dos incapazes como um dever social" (VENOSA, 2017, p. 486).

Como visto, a curatela pode ser adotada para salvaguardar os direitos dos indivíduos maiores de idade, considerados relativamente incapazes, os quais estão elencados nas hipóteses da nova redação do art. 4º e do art. 1.767, ambos do Código Civil, quais sejam os ébrios habituais; os viciados em tóxicos; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade; e os pródigos (BRASIL, 2002).

O Estatuto assegurou à pessoa com deficiência o direito de exercer a sua capacidade civil plena em igualdade com os demais, sendo a curatela adotada somente como medida protetiva extraordinária, pelo menor tempo possível, proporcional às necessidades apresentadas pelo indivíduo, e sempre levando-se em consideração as peculiaridades de cada caso, consoante preceitua o art. 84 e §§ do referido diploma legal (BRASIL, 2015).

Outrossim, determina o art. 85 da Lei de Inclusão que a curatela se propõe exclusivamente a tutelar os direitos patrimoniais e negociais das pessoas com deficiência, não alcançando aqueles inerentes à sua personalidade.

Nessa perspectiva, é o entendimento do professor Flávio Tartuce:

> A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, conforme o art. 85 do Estatuto. **A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto**, o que também é retirado do art. 6º da mesma norma, ora citado. Em outras palavras, podem existir limitações para os atos patrimoniais e não para os existenciais, que visam à promoção da pessoa humana (TARTUCE, 2018, p. 126, grifos nossos).

Contudo, diante de situações de extrema vulnerabilidade, em que se reconheça a total falta de autodeterminação de uma pessoa para gerir a própria vida, limitar-se a curatela aos atos patrimoniais e negociais implicaria desprotegê-la ainda mais, indo de encontro à promoção da inclusão social e das liberdades fundamentais almejada pelo Estatuto.

4.1 A possibilidade de estender-se a curatela para todos os atos da vida civil

Por não mais existir no ordenamento jurídico brasileiro pessoa maior de idade que seja absolutamente incapaz, a interdição da pessoa com deficiência não será absoluta, afetando, apenas, determinados atos da vida civil (QUEIROZ, 2016).

Ocorre que, ao atribuir a plena capacidade às pessoas com deficiência, independentemente da gradação da enfermidade que as acomete, o legislador partiu do pressuposto de que todas elas pos-

suem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, o que nem sempre se verifica no caso concreto.

Corroborando tal argumento, sustenta o professor Felipe Quintella Machado de Carvalho:

> Ao que parece, o legislador se equivocou ao considerar que a lei presumia a ausência de discernimento de todos os deficientes mentais — o que nunca foi o caso —, e, para corrigir a aparente injustiça, presumiu a existência de discernimento para todos — o que parece, com efeito, ser muito mais perigoso e potencialmente lesivo (CARVALHO, 2016, p. 31).

A hipótese de incapacidade relativa trazida pelo inciso III do art. 4 do Código Civil, qual seja, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade, retrata perfeitamente essa ausência de discernimento mencionada anteriormente.

Venosa explica que, por força desse inciso, as pessoas em estado de coma, de inconsciência em razão de alguma enfermidade mental grave ou de traumatismos, passariam a ser vistas como relativamente incapazes ao exercício de alguns atos da vida civil ou à forma de exercê-los (2017).

Assim, sob a lógica do art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a curatela só poderia ser concedida para tutelar os direitos patrimoniais e negociais desses indivíduos, o que se mostra, nessas circunstâncias, no mínimo, incoerente, uma vez que eles não apresentam consciência alguma de si ou do meio social em que vivem.

Destarte, em que pese a limitação imposta pelo mencionado artigo, tratando-se de pessoas em situações de extrema vulnerabilidade, as quais dependem totalmente da ajuda de terceiros para a realização de quaisquer atividades, a extensão da curatela para todos os atos da vida civil revela-se como um mecanismo de proteção.

O egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais também tem se manifestado de forma favorável à possibilidade de se estender a curatela para todos os atos da vida civil, diante da situação de extrema vulnerabilidade a que esteja exposta a pessoa com deficiência:

> APELAÇÃO CÍVEL - **INTERDIÇÃO** - PESSOA IDOSA ACOMETIDA DE ALZHEIMER - **EXTREMA INCAPACIDADE - CURATELA PARA TODOS OS ATOS DA VIDA CIVIL - COMPATIBILIDADE COM O ESTATUTO PROTETIVO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA - OBSERVÂNCIA DA PROPORCIONALIDADE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA** - RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> - A Lei n. 13.146/2015 (Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência), ao alterar a Teoria das Incapacidades, incluiu as pessoas que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir a sua vontade na categoria dos relativamente incapazes, resguardando, contudo, o instituto da curatela, conquanto não mais na forma como anteriormente previsto.
>
> **- Malgrado tenha sido expressamente estabelecida pela Lei n. 13.145/2015 a natureza "extraordinária" da curatela, inclusive limitando-a aos direitos de natureza patrimonial e negocial, a observância da busca pela concretização do direito à autodeterminação deve ser compatibilizada com as possibilidades reais ostentadas pelas pessoas com deficiência.**

> **- Em casos excepcionais, a restrição ao exercício da curatela apenas aos atos de natureza negocial e patrimonial pode colocar a pessoa com deficiência em situação de vulnerabilidade — e abandono — não compatível com o primado da dignidade da pessoa humana que buscou o Estatuto Protetivo implementar.**
>
> O estabelecimento da curatela para todos os atos da vida civil mostra-se adequado à situação de extrema incapacidade — embora relativa — vivenciada pela interditada, havendo de ser, portanto, mantida.
>
> - Recurso não provido (MINAS GERAIS, 2018, grifos nossos).

O acórdão em análise refere-se a recurso de Apelação Cível interposto pela genitora dos apelados, em face da sentença proferida pela 2ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte, na Ação de Interdição proposta por seus filhos, a qual julgou procedente o pedido de curatela formulado, para reconhecer sua total incapacidade ao exercício de todos os atos da vida civil.

A apelante, representada pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, insurgiu-se contra a sentença, requerendo fosse a curatela estabelecida nos limites do art. 85 da Lei nº 13.146/2015, apenas para tutelar seus direitos patrimoniais e negociais.

Por outro lado, seus filhos, ora apelados, sustentavam que a mãe, portadora de *Mal de Alzheimer*, não mais ostentava capacidade para gerir, *per si*, os atos da vida civil, razão pela qual ingressaram com a referida Ação de Interdição.

A 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais negou provimento ao recurso aviado, considerando que o laudo médico produzido em juízo atestou a total incapacidade da apelante para a prática de todos os atos da vida civil, restando comprovada a necessidade de estender-se a curatela como meio de salvaguardar os seus direitos. Ademais, registrou-se que a adoção de tal instituto deve ser compatibilizada com as reais possibilidades ostentadas pelas pessoas com deficiência.

Portanto, ainda que a curatela seja apontada como medida excepcional, verifica-se que, diante de um contexto fático de fragilidade extrema, à qual esteja submetida a pessoa com deficiência, restringir-se o seu alcance aos atos negociais e patrimoniais contrastaria com o princípio da proteção estabelecido na Lei Brasileira de Inclusão.

Conclusão

Conforme abordado no presente trabalho, expressivas modificações atinentes à capacidade civil das pessoas com deficiência ocorreram no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da Lei Brasileira de Inclusão, a qual consolidou princípios e diretrizes de igualdade e inclusão social.

A consagração constitucional do Estado Democrático de Direito impôs à República Federativa do Brasil relevante função no desenvolvimento de mecanismos voltados à proteção das pessoas com deficiência, bem como dos seus direitos fundamentais, por meio do rompimento das barreiras que obstam a sua plena participação em sociedade.

À vista disso, é incontestável que o Estatuto se revela como um considerável avanço na promoção da dignidade das pessoas com deficiência, trazendo dispositivos que reforçam a sua autodeterminação como sujeitos de direitos e deveres em igualdade aos demais.

Todavia, no intuito de efetivar o princípio da igualdade, o legislador atribuiu, indistintamente, capacidade civil plena a todas as pessoas com deficiência, acabando por, em alguns casos, desprotegê-las ainda mais, retirando-as da condição de vulneráveis.

Isso porque a capacidade pressupõe autonomia e o necessário discernimento para a tomada de decisões e sabe-se que nem todos aqueles que agora são considerados relativamente incapazes, por força das modificações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, possuem, verdadeiramente, reais condições de exercerem, por si, os atos da vida civil.

Da mesma forma, quando a pessoa for acometida por uma enfermidade ou deficiência grave, que a impossibilite de demonstrar qualquer consciência acerca da realidade, faz-se imprescindível que a curatela abranja, além dos atos patrimoniais e negociais, também aqueles de natureza pessoal, em defesa de seus direitos e garantias fundamentais.

O presente artigo, pois, pretendeu demonstrar que, diante de situações de extrema vulnerabilidade, a decisão de estender-se a curatela para todos os atos da vida civil compatibiliza-se com a tutela dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, ainda que o Estatuto a designe como medida protetiva extraordinária, haja vista que, à ausência fática de discernimento de um vulnerável, impõe-se a sua proteção integral.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**.** Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil (LGL\2002\400). *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 1º maio. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.146/2015, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 6 jul. .2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 1º maio. 2019.

CARNEIRO, Luciana Vieira. O Estatuto da pessoa com deficiência e seus reflexos na capacidade civil. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-seus-reflexos-na-capacidade-civil,591126.html. Acesso em: 23 maio 2019.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A teoria das capacidades no direito brasileiro: de Teixeira de Freitas e Clovis Bevilaqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In*: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). *A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 13-33.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. As aberrações da Lei 13.146/2015. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+131462015. Acesso em: 22 maio 2019.

LÔBO, Paulo. Com os avanços legais, pessoas com deficiência não são mais incapazes. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes. Acesso em: 1º maio 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0000.18.042700-7/001, Relator: Des. Corrêa Junior, 6ª Câmara Cível, julgamento em 24 jul. 2018, publicação da súmula em 1º go. 2018. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.18.042700-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=-Pesquisar. Acesso em: 1º maio 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. v. 1.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil. Acesso em: 1º maio 2019.

REQUIÃO, Maurício. Estatuo da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 20 jul. 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades. Acesso em: 1º maio 2019.

TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil (LGL\2002\400) pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e confrontações com o novo CPC. Parte II. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,-21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com. Acesso em: 15 maio 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* Direito de Família. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. v. 5.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* lei de introdução e parte geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. v. 1.

TEPEDINO, G; BARBOZA, H. H; MORAES, M. C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.* 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007. v. 1.

VELOSO, Zeno. Estatuto da pessoa com deficiência: uma nota crítica. Disponível em: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/338456458/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-uma-nota-critica. Acesso em: 21 maio 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* família. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 5.

Sistemas penitenciários: evolução histórica no contexto mundial

Rodrigo Martins Faria[1]

1 Introdução

Ao longo da evolução no regime de cumprimento de penas, podemos observar que elas foram, pouco a pouco, perdendo seu caráter retributivo e, por outro lado, tornando-se, cada vez mais, humanizadas, até desaguarem no atual século XXI.

Muito embora não se possa concluir categoricamente que a prisão seja um invento norte-americano, certo é que os primeiros sistemas penitenciários surgiram nos Estados Unidos e tiveram, além de uma inspiração mais ou menos religiosa, importante antecedente histórico em Amsterdã e nos *Bridwells* ingleses, além de outras experiências similares realizadas na Alemanha e na Suíça.[2]

A partir desses embriões até os atuais sistemas penitenciários, as prisões evoluíram bastante, passando por várias fases bem definidas, que se desenvolveram nos Estados Unidos e formam sistemas com características extremamente peculiares. São eles: o sistema pensilvânico, o sistema auburniano e o sistema progressivo, os quais passaremos a examinar.

2 Sistema pensilvânico ou celular

A primeira prisão norte-americana foi construída pelos *quacres*, em *Walnut Street Jail,* em 1776,[3] cujo maior objetivo era revolucionar o conceito tradicional pregado pelas prisões.

Entre as pessoas que mais influenciaram esse movimento, pode-se citar Benjamin Franklin, o qual difundiu as idéias de Howard e Beccaria,[4] especialmente no que se refere ao isolamento do preso, característica fundamental do sistema celular pensilvânico.[5]

Essa associação, os *quacres,* influenciando a opinião pública, fez com que as autoridades iniciassem, em 1790, a organização de uma instituição na qual "o isolamento em uma cela, a oração e a abstinência total de bebidas alcoólicas deveriam criar meios para salvar tantas criaturas infelizes".[6]

Assim, construiu-se um edifício celular no jardim da prisão de *Walnut Street,* com o fim de aplicar o *solitary confinement* aos condenados. No entanto, nessa experiência, não se pode dizer que houve

[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-graduado em Direito Público pela Uniderp.

[2] BITENCOURT, 2004, p. 57.

[3] GARRIDO GUZMAN, L., *Compendio de ciência penitenciaria,* p. 81, citado por BITENCOURT, 2006, p. 160.

[4] MORRIS, N., *El futuro de las prisiones,* p. 20, citado por BITENCOURT, 2004, p. 57.

5 DEL PONT, M., *Penología y sistema carcelario,* p. 61, *apud* BITENCOURT, 2006, p. 160.

[6] MELOSSI, D.; PAVARINI, M., *Cárcel y fabrica - los orígenes del sistema penitenciario,* p. 168, *apud* BITENCOURT, 2004, p. 60.

a aplicação do sistema celular em sua inteireza, o que somente foi observado em relação aos presos mais perigosos, tendo sido mantidos em celas comuns os demais, aos quais também era permitido trabalhar em conjunto, durante o dia.[7] Nesse sistema, era também rigorosamente aplicada a lei do silêncio.

Historicamente, ainda em 1667, foi a construção, em Florença, do *Hospício de San Felipe Néri*, que traçou as primeiras características desse sistema. Esse hospício era destinado à reforma de crianças errantes, vindo, mais tarde, a admitir também jovens rebeldes. Aqui, o penitente usava de um capuz, fazendo com que os reclusos não reconhecessem uns aos outros. Trata-se de prisão monástica de regime celular restrito cuja característica peculiar seria utilizada mais tarde no regime celular do século XIX. Daí sua importância histórica, pois foi um antecedente desse regime cuja origem reflete um profundo sentido religioso, na medida em que foi fundado pelo sacerdote Felippo Franci.[8]

Assim, as ideias fundamentais do sistema filadélfico não se encontram muito desvinculadas das linhas fundamentais que os estabelecimentos holandeses e ingleses, já estudados, adotaram. Esse novo conceito também apanhou parte das idéias de Beccaria, Howard e Benthan, assim como os conceitos religiosos aplicados pelo Direito Canônico.[9]

No entanto, essa experiência iniciada em *Walnut Street* acabou não se desenvolvendo a contento e se transformou num grande fiasco devido ao crescimento da população penal que se encontrava ali recolhida.

Em função disso, as sociedades da Pensilvânia e da Filadélfia iniciaram um novo sistema fundado na separação.[10] Duas novas prisões foram construídas: a penitenciária Ocidental - *Western Penitentiary* - em Pittsburgh, em 1818, seguindo o projeto de J. Benthan; e a penitenciária Oriental - *Eastern Penitentiary* -, que foi concluída em 1829, seguindo o desenho de John Haviland.

Na prisão ocidental, foi utilizado um sistema de isolamento absoluto, e, devido ao fracasso dessa experiência, concluiu-se que esse sistema era impraticável.

Em razão disso, decidiu-se aliviar o isolamento individual quando da inauguração, pouco tempo depois, da prisão oriental. Porém, em razão dos trabalhos em cela serem tediosos e sem sentido, eles não diminuíam o problema do isolamento.

As características essenciais da prisão oriental fundamentam-se no isolamento celular dos intervalos, além da obrigação estrita do silêncio, da meditação e da oração.

Esse sistema reduzia drasticamente os gastos com vigilância, mas a segregação individual impedia a possibilidade de introduzir uma organização do tipo industrial nas prisões.[11]

[7] BITENCOURT, 2006, p. 160.

[8] GARRIDO GUZMAN, L., *Compendio*, p. 51, citado por BITENCOURT, 2004, p. 19.

[9] BITENCOURT, 2006, p. 160 *et seq*.

[10] HIBBER, C., *Las raíces del mal:* una historia social del crimen y su represión, p. 178, citado por BITENCOURT, 2004. p. 61.

[11] BITENCOURT, 2004, p. 62.

Para Moraes (1923, p. 49), a prisão celular, menina dos olhos dos juristas na época e grande novidade da revisão penal brasileira de 1890, foi considerada um tipo moderno de punição. Foi sob essa modalidade penal que se construiu todo o sistema repressivo brasileiro.

3 Sistema auburniano

Uma das razões do surgimento do sistema auburniano foi a necessidade de se superar os problemas e limitações, no regime celular, do sistema pensilvânico.

Em 1796, o Governador Jhon Jay, de Nova Iorque, enviou uma comissão à Pensilvânia para estudar o sistema celular, mas só em 1816 que foi autorizada a construção da prisão de *Auburn*.

Os prisioneiros foram divididos em três categorias. A primeira categoria era composta pelos mais velhos e persistentes delinquentes, aos quais foi destinado um isolamento contínuo. A segunda categoria era composta pelos menos incorrigíveis, razão pela qual eram dirigidos somente para as celas de isolamento três dias por semana, além de terem permissão para trabalhar. Por fim, a terceira categoria era integrada pelos que tinham maior probabilidade de serem corrigidos, aos quais somente era imposto o isolamento noturno, permitindo-lhes trabalhar juntos durante o dia, ou destinados às celas individuais um dia na semana.[12]

No sistema auburniano, as celas eram pequenas e escuras, e, por isso, não havia possibilidade de o preso trabalhar nelas. Essa experiência de estrito confinamento solitário resultou em grande fracasso, pois, salvo duas exceções, todos os demais dos oitenta prisioneiros foram mortos ou enlouqueceram.

Em razão desses péssimos resultados, em 1824, uma comissão legislativa investigou o problema, concluindo pela conveniência do abandono do sistema de confinamento solitário.

A partir de então, estendeu-se a política de se permitir o trabalho em comum dos reclusos, sob absoluto silêncio e confinamento solitário durante a noite. Por isso, o sistema de *Auburn*, também conhecido como *silent system,* adota, além do trabalho em comum, a regra do silêncio absoluto. Aqui, os detentos não podiam falar entre si, mas somente com os guardas, com licença prévia e em voz baixa.

O silêncio, além de propiciar a meditação e a correção, é um importante instrumento de poder. Além disso, esse sistema pretende, da mesma forma que o filadélfico, servir de modelo à sociedade, no qual os indivíduos se encontrem isolados em sua existência moral, mas reunidos sob um enquadramento hierárquico estrito, com o fim de se resultarem produtivos.[13]

Para Foucault[14], não se trata de um instrumento propiciador da reforma e correção do delinquente, mas de um meio eficaz para a imposição e manutenção do poder.

[12] LEWIS GILLIN, J., *Criminology and penology*, p. 279, citado por BITENCOURT, 2004, p. 70.

[13] BITENCOURT, 2004, p. 163.

[14] FOUCAULT, 2001.

Segundo o autor, "esse jogo de isolamento, da reunião sem comunicação e da lei garantida por um controle ininterrupto deve requalificar o criminoso como indivíduo social: ele o treina para uma 'atividade útil e resignada';[15] devolve-lhe 'hábitos de sociabilidade'".[16]

Um dos pontos negativos do sistema auburniano foi o rigoroso regime disciplinar aplicado. Uma das razões do rigorismo aplicado nesse sistema é a sua origem militar. Em função disso, era comum, no sistema auburniano, a aplicação de castigos cruéis e excessivos, os quais refletem o desejo de impor um controle estrito e obediência irreflexiva, que eram justificáveis, na medida em que se acreditava propiciar a recuperação do delinquente.[17]

Outro ponto negativo que se pode destacar do *silent system* era o fato de ele ser baseado no trabalho, o que gerou reação das associações sindicais, que se opuseram ao trabalho penitenciário, à consideração de que essa força de trabalho representava menores custos e, consequentemente, concorrência ao trabalho livre.

O sistema auburniano possui um importante valor histórico, na medida em que se constitui numa das bases do sistema progressivo, ainda aplicado em muitos países,[18] inclusive no Brasil.

Em que pese ter havido fervorosos debates quanto às vantagens e inconvenientes de um e outro desses sistemas, certo é que a diferença efetivamente relevante entre o sistema pensilvânico, de regime celular, e o sistema auburniano, também conhecido como *silent system,* reside no fato de que, naquele, a separação dos reclusos ocorria durante todo o dia; já no auburniano, eram reunidos durante algumas horas, para que pudessem se dedicar a um trabalho mais produtivo.[19]

Ademais, embora os dois sistemas adotassem um conceito predominantemente punitivo e retributivo da pena, o sistema filadélfico fundamentou-se predominantemente em inspiração mística e religiosa, enquanto que, no sistema auburniano, o objetivo foi nitidamente econômico.

Diante da polêmica entre as vantagens e desvantagens de um e outro sistema, foi o contexto histórico que definiu a escolha de um ou outro sistema pelos diversos países.

Assim, a Europa se inclinou pelo regime celular, já que, naquela época, o continente não precisava do trabalho prisional produtivo. Ao contrário, pois, diante da violência que assolava o continente, era necessário um sistema que servisse de instrumento para intimidar e diminuir a delinquência.

Os Estados Unidos, por sua vez, optaram pelo sistema auburniano, devido à questão econômica, de necessidade de mão de obra barata, em razão do desenvolvimento das forças produtivas então vigentes.

[15] GASPARIN, A., *Rapport au minister de l'Intérieur sur la reforme dês prisons,* citado por FOUCAULT, *loc. cit.*

[16] BEAUMONT, E.; TOCQUEVILLE, A., *Du système penal aux Etats-Unis,* p. 112, *apud* FOUCAULT, *loc. cit.*

[17] BITENCOURT, 2006, p. 164.

[18] BITENCOURT, 2006, p. 165 *et seq.*

[19] GILLIN, J., *Criminology and penology,* p. 285, citado por BITENCOURT, 2004, p. 80.

4 Sistemas progressivos

O sistema progressivo representa o apogeu da evolução da pena privativa de liberdade, em substituição aos sistemas filadélfico e auburniano. A essência desse sistema consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se, em cada uma dessas fases, os benefícios que são concedidos ao recluso, de acordo com a boa conduta e o aproveitamento demonstrado ao tratamento reformador, inclusive com a possibilidade de reincorporação à sociedade, ainda antes do término do cumprimento de pena.

Para Ottoboni, o sistema progressivo é uma das mais importantes conquistas de um sistema de execução penal, já que se constitui em verdadeiro estímulo ao condenado em manter-se disciplinado e empenhado na sua própria recuperação, como pressuposto para as fases posteriores de execução da pena.[20]

Os sistemas progressivos, em suas diversas conformações, procuram corresponder ao desejo de liberdade que é inato a todos os reclusos, fazendo nascer neles o estímulo que os conduzirá à liberdade.[21]

Assim, esse sistema tem dois objetivos: estimular a boa conduta carcerária do recluso e, em consequência, a reforma da personalidade e de comportamento, com consequente preparação do recluso para a futura vida em sociedade.[22]

Dentre as várias vertentes que surgiram para tratar do sistema progressivo, podemos destacar duas como principais: o sistema inglês, também conhecido como *mark system,* e o sistema irlandês.

4.1 Sistema progressivo inglês ou *mark system*

Os criminosos ingleses de alta periculosidade eram enviados para a ilha australiana de *Norfolk*,[23] para cumprirem a chamada pena de *transportation,* nas colônias penais australianas. Bitencourt[24] explica que esse sistema "consistia em medir a duração da pena por uma soma de trabalho e de boa conduta imposta ao condenado". Referida soma era representada por certo número de marcas ou vales, de tal maneira que a quantidade de vales que cada condenado necessitava obter antes de sua liberação deveria ser proporcional à gravidade do delito.

Conforme fosse a quantidade de trabalho produzido, ao condenado eram creditados pontos, deduzidos a alimentação e outros fatores. Em caso de má conduta, era imposta multa, e somente o excedente a essa pontuação seria a pena a ser cumprida. Trata-se do embrião daquilo que, mais tarde, se tornaria o instituto da remição da pena.

[20] OTTOBONI, 2001, p.47.

[21] BITENCOURT, 2006, p. 168.

[22] ARUS, F., *Panorama comparativo,* p. 392, *apud* BITENCOURT, 2006, p. 166.

[23] GUZMAN, G., *Manual de Ciência Penitenciária,* p. 134, citado por BITENCOURT, 2004, p. 83.

[24] BITENCOURT, 2006, p. 167.

O sistema progressivo era dividido em três fases:[25]

a) isolamento celular durante o dia e a noite, com a finalidade de que o apenado refletise sobre seu delito;

b) trabalho em comum e em silêncio, no qual o apenado era recolhido ao chamdo *public workhouse,* sob o regime de trabalho em comum, com a regra do silêncio absoluto durante o dia e segregação noturna. Essa fase era dividida em subfases, nas quais o apenado progredia, por critérios de merecimento e antiguidade, até conseguir o *ticket of leave*, quando conseguia a liberdade condicional;

c) liberdade condicional, em que o condenado obtinha uma liberdade limitada e, se não cometesse uma falta, a ponto de esse privilégio ser revogado, obtinha a liberdade de forma definitiva.

4.2 Sistema progressivo irlandês

Em que pese o satisfatório resultado alcançado pelo *mark system,* o sistema irlandês se consolidou como um sistema que representou a evolução do sistema inglês.

Isso porque o sistema irlandês prezava por uma melhor preparação do condenado a fim de que pudesse voltar à sociedade em melhores condições de convívio social.

O sistema irlandês era marcado por representar uma forma de cumprimento de pena dividida em diversas fases progressivas.[26] Na primeira delas, o indivíduo deveria permanecer em situação de reclusão celular nos períodos diurno e noturno, tal qual ocorria no sistema inglês. Na segunda fase, também se pode verificar a reclusão celular do indivíduo no período noturno, entretanto com trabalho no período diurno em comum com os demais presos, tal como ocorria no sistema inglês. Após, o preso progredia para uma fase intermediária de liberdade condicional, executada em prisões especiais cujo trabalho, geralmente agrícola, era realizado ao ar livre, fora do estabelecimento. A disciplina passava a ser mais suave, a ponto de os estabelecimentos terem sido comparados a asilos.[27] Na quarta e última fase, o preso alcançava a conquista da liberdade condicional, tal qual no sistema inglês.

4.3 Sistema de montesinos

O sistema de montesinos foi inicialmente implantado no Presídio de Valência, pelo Coronel Manuel Montesinos y Molina, quando foi nomeado seu dirigente, em 1835. A evolução desse sistema em relação aos outros sistemas residiu substancialmente no exercício da moralidade, diminuição no rigor dos castigos, e orientado pelos princípios de um poder disciplinar racional.

Para Bitencourt,[28]o traço marcante desse sistema está no seu idealizador, dada a importância "que deu às relações com os reclusos, fundadas em sentimentos de confiança e estímulo, procurando construir no recluso uma definida autoconsciência".

[25] BITENCOURT, 2004, p. 84 *et seq*.

[26] BITENCOURT, 2004, p. 86 *et seq*.

[27] NEUMAN, E., *Evolución de la pena,* p. 134, citado por BITENCOURT, 2006, p. 169.

[28] BITENCOURT, 2006, p. 165 *et seq*.

Bitencourt enfatiza a relevância que teve o trabalho desse personagem na história prisional, e especial influência para a humanização da pena privativa de liberdade:[29]

> [...] a ação penitenciária de Montesinos planta suas raízes em um genuíno sentimento em relação 'ao outro', demonstrando uma atitude 'aberta' que permitisse estimular a reforma moral do recluso. Possuía uma firme 'esperança' nas possibilidades de reorientar o próximo, sem converter-se em uma prejudicial ingenuidade, encontrando o perfeito equilíbrio entre o exercício da autoridade e a atitude pedagógica que permitia a correção do recluso.

5 Conclusão

Como visto, os primeiros sistemas penitenciários surgiram nos Estados Unidos e tiveram, além de inspiração religiosa, importante antecedente histórico em modelos holandeses e ingleses.[30]

Esses antecedentes marcaram, muito antes de os Estados Unidos existirem, o nascimento da pena privativa de liberdade, superando, assim, a utilização da prisão como simples meio de custódia.

A prisão é velha como a memória do homem e, mesmo com o seu caráter aflitivo, ela continua a ser a panacéia penal a que se recorre em todo o mundo.[31]

Embora as mazelas da pena de prisão persistam, uma grande evolução já se faz sentir. Tal evolução, no entanto, ainda está longe do ideal utópico de uma reforma que implemente todas as ideias, existente apenas na mente de sonhadores.

Referências

AZEVEDO, Juarez Morais de. *A prisão como fator criminógeno*. 2004. Monografia (Curso de Aperfeiçoamento em Criminologia) - Instituto de Criminologia da Academia de Polícia Civil de Minas Gerais e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 913 p., vol. 1.

CARVALHO, Pedro Armando Egydio. O sistema penal e a dignidade humana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 24, ano 06, 1998.

[29] BITENCOURT, 2004, p. 87.

[30] BITENCOURT, 2004, p. 57.

[31] OLIVEIRA, 1997, p. 5.

DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque* - a medicalização do crime. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *História da loucura na sociedade clássica*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva. 1997.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramalhete. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal*. São Paulo: Atlas, 2000.

NOVOS RUMOS NA EXECUÇÃO PENAL. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/anexos/projetos_inovadores/novos_rumos_execucao_penal>. Acesso em: 7 out. 2006.

OLIVEIRA, Edmundo. *Política criminal e alternativas à prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

OTTOBONI, Mário. *Ninguém é irrecuperável*. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

OTTOBONI, Mário; FERREIRA, Valdeci Antônio. *Parceiros da ressureição*: jornada de libertação com Cristo e curso intensivo de conhecimento e aperfeiçoamento do Método APAC, especialmente para presos. São Paulo: Paulinas, 2004.

OTTOBONI, Mário. *Vamos matar o criminoso?* São Paulo: Paulinas, 2001.

PAIXÃO, Antônio Luiz. *Recuperar ou punir?*: como o Estado trata o criminoso. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1991.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Ação direta de inconstitucionalidade - Resolução nº 016/2006, do município de Nova Belém - Criação de cargos em comissão no poder legislativo - Vínculo de confiança - Funções de direção, chefia ou assessoramento - Não constatação - Inconstitucionalidade material - Representação julgada procedente - Modulação de efeitos - Segurança jurídica.

- O art. 171, inciso II, alínea *c*, da Constituição do Estado de Minas Gerais, estabelece que ao Município compete legislar sobre educação em caráter regulamentar, observadas as peculiaridades dos interesses locais e as normas gerais da União e as suplementares do Estado. Assim, a Emenda à Lei Orgânica Municipal n° 001/2018, que alterou o art. 136 da Lei Orgânica do Município de Caratinga, ao excluir matérias curriculares relativas à ideologia de gênero, na rede municipal de ensino e na rede privada, padece de vício de inconstitucionalidade formal, na medida em que houve extrapolação da competência que lhe foi atribuída pela Constituição do Estado de Minas Gerais, que estabelece que o Município só pode agir para regular algum dispositivo já previsto na legislação federal, para adequá-lo aos interesses locais.

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

- A norma impugnada não viola as diretrizes e bases da educação nacional, nem altera conteúdo pedagógico ou metodologia de ensino, ressaltando que na Constituição, bem como nas diretrizes do PNE (Lei n° 13.005/14), não há qualquer menção ao ensino da ideologia de gênero nas escolas, não havendo que se falar em vício material.

- A criação de cargos em comissão, declarados de livre nomeação e exoneração em lei, pressupõe a relação de confiança e o exercício de funções de chefia, direção e assessoramento (REsp nº 1.041.210/SP).

- É inconstitucional a criação de cargos em comissão para o exercício de atividades rotineiras e burocráticas da administração. Diante da imprescindibilidade da segurança jurídica, e do impacto causado pelo julgamento da representação, justifica-se a atribuição de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade (art. 337 do RITJMG).

AÇÃO DIRETA INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.20.024951-4/000 - Comarca de Belo Horizonte - Requerente: Procurador-Geral de Justiça - Requerido: Município de Nova Belém, Câmara Municipal Nova Belém - Relator: DES. EDISON FEITAL LEITE.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, EM JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO.

Belo Horizonte, 28 de outubro de 2020. - *Edison Feital Leite* - Relator.

Voto

DES. EDISON FEITAL LEITE - Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, cujo pleito é a declaração da inconstitucionalidade da Resolução nº 016/2006 do Município de Nova Belém, que disciplina a criação de cargos em comissão de servente de copeira, motorista, assistente legislativo e assessor contábil.

Sustenta, em síntese, que os citados cargos não podem ser considerados como cargos de provimento em comissão e que a norma em comento viola os arts. 21, § 1º, e 23 da Constituição do Estado de Minas Gerais e os incisos II e V do art. 37 da Constituição da República.

Alega que os cargos de servente de copeira e motorista possuem atribuições rotineiras, operacionais e auxiliares, tais como limpeza, arrumação de móveis, coleta de lixo e transporte de funcionários, sem qualquer relação com o processo de tomada de decisão no âmbito do Poder Legislativo local.

Enfatiza, ainda, que o cargo de assessor contábil demanda apenas expertise técnica, ausente as necessárias características de chefia, direção e assessoramento inerentes à criação de cargo em comissão, e pontua que o cargo de assessor legislativo possui atribuições amplas e genéricas, das quais não se extrai a necessária relação de fidúcia entre o ocupante e a autoridade superior.

Por fim, pede a procedência do pedido para que seja declarada a inconstitucionalidade da Resolução nº 016/2006, da Câmara Municipal de Nova Belém, no que toca aos cargos supramencionados, por ofensa aos arts. 21, § 1º, e 23 da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Regularmente notificada, a Câmara Municipal de Belém defendeu a constitucionalidade do ato normativo, forte no argumento de que todos os cargos estão vinculados diretamente à presidência

da câmara e, por essa razão, englobam atribuições de direção, chefia ou assessoramento, em estrita observância à norma inserta no art. 37, V, da Constituição da República (documento de Ordem 8).

O prefeito de Nova Belém, por sua vez, deixou de se manifestar sobre o mérito da ação direta de inconstitucionalidade (documento de Ordem 10).

A Procuradoria-Geral de Justiça, por sua vez, opina pela procedência do pedido (documento de Ordem 11).

É o relatório.

Presentes os pressupostos processuais genéricos e específicos da ação direta de inconstitucionalidade, bem como as condições da ação, conheço da presente representação.

Cinge-se a controvérsia em averiguar a suposta inconstitucionalidade da Resolução nº 016/2006 do Município de Nova Belém, que disciplina a criação de cargos em comissão no âmbito da Câmara Municipal, conforme se verifica:

> Resolução nº 016/2006
>
> Art. 1º - Ficam criados nas Unidades Orçamentárias da Câmara Municipal, os cargos abaixo relacionados, com seus símbolos e vencimentos:
>
> I - CORPO LEGISLATIVO E GABINETE:
>
> 01 (um) cargo de SERVENTE COPEIRA - Símbolo CC1...R$ 300,00
>
> 01 (um) cargo de MOTORISTA - Símbolo CC1 ..... R$ 300,00
>
> 01 (um) cargo de ASSISTENTE LEGISLATIVO ..... R$ 300,00
>
> [...]
>
> III - CONTABILIDADE DA CÂMARA:
>
> 01 (um) cargo de ASSESSOR CONTÁBIL - Símbolo CC4 . R$ 850,00
>
> § 1° - Os cargos criados por este art., são de provimento em comissão, de recrutamento amplo e de livre nomeação e exoneração do Presidente da Câmara.
>
> [...] ANEXO I
>
> Atribuições dos cargos - § 3° do art. 1° CARGO:
>
> SERVENTE DE COPEIRA
>
> I - FUNÇÃO: A ocupante do cargo tem como função, as tarefas de natureza rotineira de limpeza, bem como, realizar trabalhos de coleta e entrega de documentos e outros afins.
>
> II - ATRIBUIÇÕES:
>
> - Abrir e fechar as dependências do prédio da Câmara;
>
> - Limpar as dependências da Câmara, varrendo, lavando pisos, escadas, ladrilhos e vidraças;
>
> - Manter a devida higiene das instalações sanitárias e da cozinha;
>
> - Remover o pó dos móveis, paredes, tetos, portas, janelas, e equipamentos;
>
> - Limpar utensílios como cinzeiros e objetos de adorno;

- Coletar o lixo dos depósitos, recolhendo-o adequadamente;

- Remover e/ou arrumar móveis e utensílios;

- Executar tarefas de copa e de cozinha;

- Solicitar material de limpeza e de cozinha;

- Cumprir mandados internos e externos, executando tarefas de coletas e/ou entrega de documentos, mensagens ou pequenos volumes;

- Encaminhar visitantes aos diversos setores da Prefeitura;

- Executar outras tarefas correlatas. [...]

CARGO:

MOTORISTA

I - FUNÇÃO: O ocupante do cargo tem como função, as tarefas referentes a dirigir veículos leves, manipulando os comandos de marchas e direção, no transporte de Vereadores e Servidores a serviço da Câmara.

II - ATRIBUIÇÕES:

- Vistoriar o veículo, verificando o estado dos pneus, nível de combustível, água, óleo do cárter, bem como os freios e partes elétricas para certificar-se de suas condições de funcionamento;

- Examinar as ordens de serviços, para dar cumprimento à programação estabelecida;

- Dirigir o veículo, manipulando os comandos e observando o fluxo de trânsito e a sinalização, para conduzi-lo ao(s) local(is) determinado(s) na Ordem do serviço;

- Transportar servidores públicos aos locais de trabalho pré-determinados;

- Transportar documentos em geral, da Câmara para outras repartições e vice-versa;

- Zelar pela manutenção do veículo, comunicando falhas e solicitando serviços;

- Recolher o veículo após a jornada de trabalho, conduzindo-o à garagem para possibilitar a manutenção e abastecimento do mesmo;

- Executar tarefas correlatas. [...]

CARGO:

ASSISTENTE LEGISLATIVO

I - FUNÇÃO: Ocupante do cargo tem como função, as atividades de assessoramento a autoridades superiores, bem como o controle de aplicações de Leis, Regulamentos e Normas de Administração Geral e Específica.

II - ATRIBUIÇÕES:

- Organizar e manter atualizado o cadastro de fornecedores;

- Providenciar editais de tomada de preço, publicando-os em órgãos de grande circulação;

- Efetuar compras, obedecidas a legislação específica, efetuando o acompanhamento dos processos das mesmas.

- Prestar assessoramento das autoridades superiores quando solicitado;

- Interpretar Leis, Regulamentos, Portarias e Contratos;

- Efetuar registros de Leis, Decretos, Portarias e Contratos;

- Efetuar cálculos diversos;

- Preencher fichas, formulários, talões, mapas, tabelas, requisições e outros;

- Executar serviços datilográficos e de digitação;

- Auxiliar na recepção ao público, efetuando a triagem para encaminhamento ao Presidente da Câmara;

- Executar outras atividades correlatas. [...]

CARGO:

ASSESSOR CONTÁBIL

I - FUNÇÃO: O ocupante do cargo tem como função, as tarefas referentes à administração financeira e contábil da Câmara. II - ATRIBUIÇÕES:

- Executar, sob supervisão, os trabalhos de escrituração contábil;

- Auxiliar na elaboração de escrituração analítica de atos e fatos contábeis, financeiros e orçamentários;

- Organizar, elaborar e analisar prestação de contas de caixas;

- Extrair, registrar, conferir e controlar empenhos, notas de caixas de recebimento, notas de caixas de pagamento, cheques e autorizações de pagamento;

- Auxiliar no controle dos suprimentos de fundos concedidos, efetuando a baixa de responsabilidade quando da prestação de caixas;

- Auxiliar na conferência e classificação dos movimentos de tesouraria;

- Controlar, sob supervisão, verbas recebidas e suas aplicações;

-Auxiliar na elaboração de balancetes orçamentários e financeiros;

- Auxiliar na elaboração de demonstrativos de fundos pendentes e concedidos.

- Executar serviços datilográficos e de digitação da contabilidade da Câmara;

- Auxiliar na elaboração de relatórios de atividades desenvolvidas pelo órgão;

- Executar outras tarefas correlatas. [...]

Os fundamentos apresentados para o reconhecimento da inconstitucionalidade material dos dispositivos relacionam-se, em síntese, à criação de cargos em comissão sem a previsão de atribuições voltadas à direção, chefia, assessoramento, e ausente a imprescindibilidade do vínculo de confiança, em afronta à regra do concurso público para a posse em cargos na Administração.

Pois bem.

A garantia da ampla acessibilidade aos cargos e funções públicas foi expressamente incorporada pela Constituição da República (art. 37, I) e, por simetria, pelas Cartas Estaduais, a fim de que todos aqueles que preencherem os requisitos estabelecidos em lei possam concorrer, em condições de igualdade, ao preenchimento da respectiva vaga.

Em consequência, o procedimento concursal, ferramenta tipicamente democrática, é o instrumento pelo qual se oportuniza a ampla participação dos interessados, de forma que sejam selecionados aqueles que se sobressaírem nas provas e eventual análise de títulos que compõem o certame.

A obrigatoriedade e importância do concurso público foi objeto de análise de Hely Lopes Meirelles:

> A obrigatoriedade de concurso público, ressalvados os cargos em comissão e empregos com essa natureza, refere-se à investidura em cargo em cargo ou emprego público inicial da carreira na Administração direta e indireta. O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed./atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.09.2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 541-542).

No entanto, como indiscutível exceção à regra do concurso público, a Carta Maior ressalvou a investidura nos chamados cargos em comissão, declarados em lei como de livre nomeação e exoneração (art. 37, II da CR).

Tratam-se de cargos de chefia, direção e assessoramento, cujos titulares não têm a garantia de permanência, condicionados a uma relação de confiança ente o ocupante e seus superiores hierárquicos, razão pela qual se dispensa a realização de concurso público, sob pena de ser inviabilizada a característica da confiabilidade.

Sua previsão e requisitos são expressos na Constituição Estadual:

> 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.

Lado outro, dada a excepcionalidade da previsão, e com o fito de evitar a criação desenfreada de cargos em comissão para o exercício de atividades rotineiras da administração em manifesta burla ao concurso público, o Supremo Tribunal Federal, sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 1.010, REsp nº 1.041.210/SP), fixou a seguinte tese, relativa aos requisitos para a criação de cargos em comissão:

> a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir. (RE nº 1.041.210, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. em 27.09.2018).

E quanto ao requisito constante da letra "d", cumpre salientar a insuficiência de descrição das atribuições, *per si*, para a validade do cargo criado; é indispensável que a leitura da norma denote que a contratação se relacionará, efetivamente, as atividades de direção, chefia e assessoramento, e não ao exercício de tarefas permanentes e vinculadas à rotina geral da administração pública.

Nesse contexto, a leitura dos dispositivos impugnados na presente representação não deixa dúvidas quanto ao caráter burocrático das atribuições dadas aos cargos em comissão criados pela norma. Os cargos criados de servente de copeira, motorista, possuem funções meramente rotineiras e auxiliares, sem qualquer vinculação à direção, chefia e assessoramento, como limpeza, arrumação de móveis, abertura do prédio da Câmara Municipal, transporte de pessoas e documentos, e manutenção veicular.

E especificamente quanto ao cargo de assessor contábil, conquanto, em sua essência e conforme o próprio nome indica, vinculem-se ao assessoramento, denota-se que a norma impugnada apenas faz referência à área técnica e a expertise necessária para sua ocupação, de modo que, em tese, poderiam ser perfeitamente preenchidos por servidor estatutário, haja vista a inexistência de qualquer referência à necessária relação de confiabilidade.

Verifica-se, ainda, que o cargo de assistente legislativo conta com menção absolutamente genérica de "assessoramento a autoridades superiores", insuficiente à caracterização de qualquer vínculo de confiança. As demais funções são notoriamente burocráticas, e envolvem tarefas rotineiras como atualização de cadastros, realização de compras, interpretação de leis, preenchimentos de tabelas e auxílio na recepção.

Assim, são materialmente inconstitucionais os dispositivos que criam cargos comissionados com a previsão de atribuições genéricas, burocráticas e desprovidas do vínculo de confiança, por manifesta violação à regra do concurso público (art. 23 da Constituição Estadual).

No mesmo sentido, já decidiram os eminentes pares:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Parte dos anexos I e III da Lei Complementar nº 19/2014, do município de São Joaquim de Bicas. Criação de cargos em comissão. Ausência dos requisitos legais. Ofensa aos arts. 21, § 1º e 23, *caput,* da constituição do estado de minas gerais. Inconstitucionalidade reconhecida. - As funções de confiança e os cargos em comissão são direcionados somente para as atribuições de assessoramento, chefia e direção, devidamente descritas em lei, com as características do vínculo de confiança. O simples vocábulo não transforma o cargo em comissionado, sendo imperiosa uma minuciosa descrição das atividades para que se possa verificar, inclusive, se as atribuições do nomeado se inserem na hipótese de assessoramento da autoridade nomeante. É eivada de inconstitucionalidade a lei que cria cargos em comissão para o exercício de funções técnico-operacionais ou subalternas, sem especificação das atribuições ou indicação genérica e aleatória (TJMG - Ação Direta Inconstitucionalidade nº 1.0000.18.143201-4/000, Rel. Des. Paulo Cézar Dias, Órgão Especial, j. em 03.12.2019, p. em 11.12.2019).
>
> Controle concentrado de constitucionalidade. Criação de cargos comissionados. Descrição das atribuições. Enquadramento como cargos de direção, chefia ou assessoramento. - O cargo de Secretário Ad-

> junto que tem entre as suas atribuições a substituição do titular da Secretaria, bem como, atividades próprias de assessoramento do titular da pasta, enquadra-se nos requisitos de cargo comissionado previstos no art. 37, inciso V, da Constituição Federal. - É inconstitucional a criação de cargos em comissão sem a indicação das atribuições que guardem correspondência com o exercício de chefia, direção ou assessoramento, conforme exigência dos arts. 21, § 1º, e 23, *caput*, da Constituição do Estado de Minas Gerais. - São deficientes as atribuições de cargos de Chefia de Departamento, sem a demonstração de sua pertinência com a estrutura administrativa. - Os cargos cujas atribuições indicam o exercício de funções burocráticas, meramente técnicas e subalternas, não se enquadram na autorização constitucional para a criação de cargos comissionados (TJMG - Ação Direta Inconstitucionalidade nº 1.0000.14.044757-4/000, Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, Órgão Especial, j. em 21.11.2018, p. em 19.12.2018).

Logo, constatada a inconstitucionalidade material dos dispositivos impugnados, por ofensa aos princípios regentes da atuação administrativa, a procedência da representação é de rigor.

Avançando, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou dispositivo, como regra, possui efeitos *ex tunc*, em se tratando de vício insanável que atinge o plano da validade da norma. Entretanto, com fulcro em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, autoriza-se o temperamento dos efeitos temporais da decisão, sempre de maneira excepcional, mediante quórum qualificado, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99:

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

Em simetria, o art. 337 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça:

> Art. 337. 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.

Nesse contexto, conquanto o entendimento ora explanado não tenha destoado da jurisprudência pacificada do Pretório Excelso e deste Órgão Especial, não se pode perder de vista que a presente representação impactará diretamente não apenas nos respectivos servidores, mas no próprio funcionamento do órgão contratante, situação agravada pelo atual cenário de crise sanitária.

Destarte, alicerçado em razões de segurança jurídica, e atento às dificuldades administrativas inerentes aos municípios do interior, entendo excepcionalmente cabível a modulação de efeitos da presente declaração de inconstitucionalidade, de modo que passe a surtir efeitos apenas após o transcurso de um ano contado da publicação deste acórdão.

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei nº 12.950/2018 do Município de Uberaba - Vício formal - Desrespeito ao devido processo legislativo - Violação ao princípio da irrepetibilidade de projeto de lei rejeitado ou vetado anteriormente na mesma sessão legislativa - Inocorrência - Nova proposição realizada pela maioria dos membros do legislativo - Exceção constitucionalmente admitida - Pedido improcedente - Litigância de má-fé - Não caracterização.

- A disposição constitucional a respeito da irrepetibilidade de projeto de lei rejeitado ou vetado não é absoluta e admite, na mesma sessão legislativa, a reapresentação da proposição anteriormente rejeitada ou vetada, desde que por proposta da maioria dos membros do legislativo.

- Observado o quórum de propositura para se excepcionar o princípio da irrepetibilidade, não há que se falar em vício formal de inconstitucionalidade.

- Não se vislumbrando dos autos atitudes do requerente para dar suporte à imposição de multa por litigância de má-fé, o pedido deve ser indeferido. Eventual "espírito politiqueiro do autor", por si só, não evidencia exercício manifestamente infundado ou temerário do direito de ação, caracterizador de litigância de má-fé.

AÇÃO DIRETA INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.19.049976-4/000 - Comarca de Uberaba - Requerente: Paulo Piau Nogueira Prefeito Municipal de Uberaba - Requerido: Câmara Municipal de Uberaba. - 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, POR UNANIMIDADE, JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO.

Belo Horizonte, 17 de novembro de 2020. - *Geraldo Augusto* - Relator.

Voto

DES. GERALDO AUGUSTO - Tratam, os autos, de ação direta de inconstitucionalidade, formulada pelo Prefeito do Município de Uberaba em face da Lei Municipal nº 12.950/2018, que alterou a Lei nº 8.298/2002, para adequar a legislação local ao disposto no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Federal nº 13.146/2015).

O requerente sustenta a inconstitucionalidade formal da propositura da lei impugnada, por ofensa à regra da irrepetibilidade prevista nos arts. 71 da CEMG; 25, 29 e 67 da CF; e 79 da LOM, que veda a reapresentação de projeto de lei rejeitado, na mesma sessão legislativa, salvo por proposta da maioria absoluta dos membros do legislativo, cujo vício é insanável mesmo com a aprovação do referido projeto pela maioria absoluta dos membros da casa. Afirma que a edição de leis deve observar as regras formais do processo legislativo, e que a irrepetibilidade visa garantir o pacto federativo e a segurança jurídica, a razão pela qual requer que seja julgada procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 12.950/2018.

A Câmara Municipal de Uberaba prestou informações. Alega que compete aos municípios legislarem sobre assuntos de interesse local e que a lei vergastada foi "proposta e subscrita por, pelo menos, oito (8) vereadores de um plenário composto, no total, por catorze (14), atingindo-se, assim, a necessária maioria absoluta na propositura", de sorte que não houve o vício alegado na inicial. Pugna pela improcedência desta ação, com a condenação do requerente nas penas da litigância de má-fé.

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça pela improcedência da ação.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre frisar que o controle de constitucionalidade visa assegurar a supremacia formal da Constituição, de modo que a ação direta de inconstitucionalidade não tem por objeto o controle de legalidade do ato impugnado.

Por conseguinte, é irrelevante a alegação de discrepância entre a lei contestada e dispositivo da Lei Orgânica Municipal, uma vez que a questão restringe-se à análise da validade da norma tendo como parâmetro a Constituição Estadual de Minas Gerais.

Pois bem.

O requerente sustenta a inconstitucionalidade formal da Lei nº 12.950/2018, por violação às regras do processo legislativo, especificamente relacionada ao princípio da irrepetibilidade de projeto de lei rejeitado ou vetado na mesma sessão legislativa, conforme previsão contida no art. 71 da CEMG, correspondente ao art. 67 da CF.

É sabido que as regras constitucionais pertinentes ao processo legislativo são de repetição obrigatória por Estados e Municípios, em atenção ao princípio da simetria.

A Lei municipal nº 8.298/2002 dispõe sobre o "passe livre" no transporte coletivo urbano das pessoas portadoras de necessidades especiais. Em 2018, a Câmara dos Vereadores aprovou Projeto de Lei (PL) que alterava dispositivos da referida lei uberabense, estendendo o benefício da isenção de tarifa ao "atendente pessoal" (acompanhante) da pessoa portadora de necessidades especiais. Tal PL, que daria origem à Lei nº 12.857/2018, foi vetado pelo Prefeito, o veto mantido pela casa legislativa e o PL arquivado.

Ocorre que, na mesma sessão legislativa, foi proposto novo PL (nº 187/2018) para disciplinar a mesma matéria. Tal PL, que deu origem à Lei ora impugnada (nº 12.950/2018), também foi vetado

pelo chefe do executivo, mas o veto foi derrubado pela Câmara, com a consequente promulgação ou publicação da referida lei vergastada.

O art. 71 da CEMG, ao reproduzir a limitação contida no art. 67 da CF, consagra a regra da irrepetibilidade de projeto de lei rejeitado ou vetado na mesma sessão legislativa, isto é, "a matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto na mesma sessão legislativa por proposta da maioria dos membros da Assembleia Legislativa".

A disposição constitucional não veicula proibição absoluta, pois admite, na mesma sessão legislativa, a reapresentação da proposição legislativa anteriormente rejeitada ou vetada, desde que por proposta da maioria dos membros do legislativo.

No caso em exame, ao contrário do afirmado pelo requerente, o PL (nº 187/2018) que deu origem à lei ora impugnada, de autoria do vereador Alan Carlos da Silva, foi proposto/subscrito por outros sete vereadores (Thiago Mariscal, Cleomar Marcos de Oliveira, Kaká Carneiro, Ronaldo Amâncio, Denise Max, Agnaldo Silva e Samuel Pereira). Ou seja, do total de 14 (catorze) vereadores da casa, a proposição foi subscrita por 8 edis.

Forçoso concluir que, embora apresentada na mesma sessão legislativa em que a Proposição de Lei nº 12.857/2018, que disciplinava a mesma matéria, foi rejeitada/vetada, o quórum constitucional para excepcionar o princípio da irrepetibilidade foi observado, não havendo que se falar em vício de forma no processo legislativo da Lei nº 12.950/2018, data vênia.

Por outro lado, não se vislumbra dos autos atitudes do requerente para dar suporte à imposição da multa por conduta maliciosa, configuradora de litigância de má-fé. O eventual "espírito politiqueiro do autor", como salientado pela Câmara para justificar a condenação, por si só, não evidencia exercício manifestamente infundado ou temerário do direito de ação, para caracterizar litigância de má-fé.

Com tais razões, julga-se improcedente o pedido inicial.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Peço vênia ao eminente Relator para aderir aos termos de seu judicioso voto, haja vista estar convencido da suficiência da fundamentação deduzida por Sua Excelência para julgar improcedente o pedido.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores EDGARD PENNA AMORIM, EDILSON OLÍMPIO FERNANDES, ARMANDO FREIRE, JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA, TIAGO PINTO, WANDERLEY PAIVA, AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO, NEWTON TEIXEIRA CARVALHO, CORRÊA JUNIOR, SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER, MAURÍCIO SOARES, CARLOS ROBERTO DE FARIA, AMAURI PINTO FERREIRA, KILDARE CARVALHO, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, WANDER MAROTTA, DÁRCIO LOPARDI MENDES, SALDANHA DA FONSECA E DOMINGOS COELHO.

Súmula - POR UNANIMIDADE, JULGARAM IMPROCEDENTE A AÇÃO.

Enunciado 75

Quando se tratar de oficial interino designado a título precário para assumir serventia extrajudicial, compete ao Juiz Diretor do Foro, segundo critérios de conveniência e oportunidade, a revogação da designação, e não ao Presidente do Tribunal de Justiça.

Órgão Julgador

Órgão Especial, Projeto de Súmula 1.0000.19.021969-1/000.

Data do Julgamento

26/06/2019

Data da publicação/Fonte

DJe de 14/10/2020, 21/10/2020 e 28/10/2020.

Referência legislativa

Constituição da República – artigo 236.

Lei Complementar Estadual n. 59, artigo 65, I, VI e XII.

Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, artigo 28, XXVIII e artigo 40, I.

Precedentes

Recurso Administrativo 1.0000.13.070731-8/000.

Recurso Administrativo 1.0000.14.061316-7/000.

Recurso Administrativo 1.0000.12.062034-9/001.

Recurso Administrativo 1.0000.13.011997-7/000.

Recurso Administrativo 1.0000.12.095092-8/000.

Agravo Interno Cível 1.0000.17.087790-6/001.

Recurso Administrativo 1.0000.16.028970-8/000.

Recurso Administrativo 1.0000.13.070731-8/000.

Recurso Administrativo 1.0000.12.062034-9/001.

Recurso Administrativo 1.0000.13.011997-7/000.

Recurso Administrativo 1.0000.12.069127-4/000.

Nota de Atualização

AgRg no RMS 37034 / MT, STJ.

Mandado de Segurança 1.0000.19.169632-7/000, TJMG.

Agravo Interno 1.0000.17.087790-6/001, TJMG.

Agravo de instrumento - Incidente em processo falimentar - Extensão dos efeitos da falência aos sócios - Prescrição - Prazo trienal - Impossibilidade - Prazo da ação revocatória - Ausência de previsão legal - Pedido de desconsideração da personalidade jurídica a ser realizado a qualquer tempo - Decisão mantida.

- Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.180.191/RJ) não há falar em aplicação, por analogia ou ampliação, do prazo prescricional da ação revocatória para os casos de desconsideração da personalidade jurídica. Na mesma linha de entendimento, dada a ausência de previsão legal, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica pode ser encaminhado a qualquer momento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0024.18.000312-1/002 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Willimar Zuppo - Agravado: Massa Falida Pax Saúde Ltda. - Relator: DES. ARMANDO FREIRE.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 22 de setembro de 2020. - Armando Freire - Relator.

Voto

DES. ARMANDO FREIRE - Trata-se de agravo de instrumento, interposto por Willimar Zuppo, contra a decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Empresarial da comarca de Belo Horizonte, em autos de um incidente de extensão dos efeitos da falência, que consistiu em deferir parcialmente o pedido de tutela de urgência para determinar a indisponibilidade dos bens e direitos da parte requerida, até o valor de R$112.882.293,12 (cento e doze milhões oitocentos e oitenta e dois mil duzentos e noventa e três reais e doze centavos).

Na minuta recursal, a parte agravante, em síntese, aduz que não se aplica ao presente caso os dispositivos do Decreto-Lei nº 7.661, nem mesmo o art. 6º da Lei nº 11.101/2.005. Sustenta ser devido aplicar à hipótese a prescrição relativa à responsabilização de terceiros. Registra que, sob qualquer prisma, a presente ação se encontra maculada pela prescrição. Defende que, admitindo a teoria da *actio nata*, o prazo prescricional se iniciou em 16.04.2.012, sendo certo que a presente ação foi ajuizada apenas aos 23.03.2.018. Enfatiza que, a respeito da responsabilização do ex- administrador, a presente ação de responsabilização está maculada pela prescrição, nos termos dos arts. 45 e 46 da Lei nº 6.024/74. Pugna pelo provimento do recurso, nos termos delineados na minuta recursal.

Recurso devidamente preparado.

No juízo de admissibilidade, o em. Des. Alberto Vilas Boas recebeu o recurso e deferiu o seu processamento. Na oportunidade, não foi concedida a almejada antecipação dos efeitos da tutela recursal.

A parte agravada, Massa Falida Pax Saúde Ltda, apresentou contraminuta. Em síntese, confia no desprovimento do recurso.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso.

Este, contendo o essencial, é o relatório.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, recebo o presente recurso e defiro o seu processamento.

Vistos e examinados, decido:

Cuida-se na origem de uma decisão proferida em autos de um Incidente de Extensão de Efeitos da Falência, em que o MM. Juiz da causa rejeita a preliminar de ilegitimidade ativa, bem como a prejudicial de mérito. Consigna, no que diz respeito à prescrição, que não incide no presente caso o prazo prescricional de três anos previsto no art. 206 do CC/02, por considerar que durante o processo falimentar o curso prescricional das obrigações de responsabilidade do falido fica suspenso.

No mérito, o douto Magistrado determina o bloqueio de bens e direitos da parte requerida/agravante até o valor do passivo a descoberto na cifra de R$112.882.293,12 (cento e doze milhões oitocentos e oitenta e dois mil duzentos e noventa e três reais e doze centavos).

Neste inconformismo, em síntese, pretende o recorrente que seja aplicado o prazo prescricional relativo às ações de responsabilização de terceiros, nos termos do art. 206 do CC/02. Aponta, inclusive, a semelhança do presente caso com a ação revocatória, que tem prazo prescricional de três anos.

Com efeito, na linha de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não há falar em aplicação, por analogia ou ampliação, do prazo prescricional da ação revocatória, forte na consideração de que inexiste um prazo assinalado por lei para o exercício de determinado direito potestativo que, no caso, é de ingerência na esfera jurídica dos sócios, com a extensão a eles das responsabilidades com obrigações contraídas pela empresa.

Além disso, por não se ter previsão legal, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica pode ser realizado a qualquer momento, Confira- se:

Direito civil e comercial. Desconsideração da personalidade jurídica. Semelhança com as ações revocatória falencial e pauliana. Inexistência. Prazo decadencial. Ausência. Direito potestativo que não se extingue pelo não uso. Deferimento da medida nos autos da falência. Possibilidade. Ação de responsabilização societária. Instituto diverso. Extensão da *disregard* a ex-sócios. Viabilidade. - A desconsideração da personalidade jurídica não se assemelha à ação revocatória falencial ou à ação pauliana, seja em suas causas justificadoras, seja em suas consequências. A primeira (revocatória) visa ao reconhecimento de ineficácia de determinado negócio jurídico tido como suspeito, e a segunda (pauliana) à invalidação de ato praticado em fraude a credores, servindo ambos os instrumentos como espécies de interditos restitutórios, no desiderato de devolver à massa, falida ou insolvente, os bens necessários ao adimplemento dos credores, agora em igualdade de condições (arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101/05 e art. 165 do Código Civil de 2002). - A desconsideração da personalidade jurídica, a sua vez, é técnica consistente não na ineficácia ou invalidade de negócios jurídicos celebrados pela empresa, mas na ineficácia relativa da própria pessoa jurídica - *rectius*, ineficácia do contrato ou estatuto social da empresa -, frente a credores cujos direitos não são satisfeitos, mercê da autonomia patrimonial criada pelos atos constitutivos da sociedade. - Com efeito, descabe, por ampliação ou analogia, sem qualquer previsão legal, trazer para a desconsideração da personalidade jurídica os prazos decadenciais para o ajuizamento das ações revocatória falencial e pauliana. - Relativamente aos direitos potestativos para cujo exercício a lei não vislumbrou necessidade de prazo especial, prevalece a regra geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não-uso. Assim, à míngua de previsão legal, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, quando preenchidos os requisitos da medida, poderá ser realizado a qualquer momento. - A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos da falência, nos termos da jurisprudência sedimentada do STJ. - Não há como confundir a ação de responsabilidade dos sócios e administradores da sociedade falida (art. 6º do Decreto-lei nº 7.661/45 e art. 82 da Lei nº 11.101/05) com a desconsideração da personalidade jurídica da empresa. Na primeira, não há um sujeito oculto, ao contrário, é plenamente identificável e evidente, e sua ação infringe seus próprios deveres de sócio/administrador, ao passo que na segunda, supera-se a personalidade jurídica sob cujo manto se escondia a pessoa oculta, exatamente para evidenciá-la como verdadeira beneficiária dos atos fraudulentos. Ou seja, a ação de responsabilização societária, em regra, é medida que visa ao ressarcimento da sociedade por atos próprios dos sócios/administradores, ao passo que a desconsideração visa ao ressarcimento de credores por atos da sociedade, em benefício da pessoa oculta. - Em sede de processo falimentar, não há como a desconsideração da personalidade jurídica atingir somente as obrigações contraídas pela sociedade antes da saída dos sócios. Reconhecendo o acórdão recorrido que os atos fraudulentos, praticados quando os recorrentes ainda faziam parte da sociedade, foram causadores do estado de insolvência e esvaziamento patrimonial por que passa a falida, a superação da pessoa jurídica tem o condão de estender aos sócios a responsabilidade pelos créditos habilitados, de forma a solvê-los de acordo com os princípios próprios do direito falimentar, sobretudo aquele que impõe igualdade de condição entre os credores (*par conditio creditorum*), na ordem de preferência imposta pela lei. - Recurso especial parcialmente conhecido e não provido (REsp nº 1180191/RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 05.04.2011, *DJe* de 09.06.2011).

Em sendo assim, seja pela impossibilidade de ampliação ou aplicação por analogia do prazo prescricional previsto para as ações revocatórias, seja pela ausência de previsão legal acerca da prescrição para a realização do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, o desprovimento

do presente recurso é medida que se impõe, não havendo argumentos consistentes que sustentem, portanto, a tese recursal em sua integralidade.

Conclusão.

Mediante todo o exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO. Custas recursais na forma da lei, pela parte agravante.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Alberto Vilas Boas e Washington Ferreira.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Cível - Ação de cobrança - Contrato de representação comercial - Rescisão - Verbas pleiteadas com base na Lei nº 4.886/65 - Ausência de registro perante o conselho profissional competente - Pretensão afastada.

- De acordo com a Lei nº 4.886/68, o registro do representante comercial no conselho regional da categoria é requisito legal ao recebimento das verbas indenizatórias previstas em aludida lei. Aquele que atua como representante comercial sem estar registrado no conselho profissional competente não está impedido de exigir a contraprestação pelo serviço prestado, o que lhe é resguardado pelo Código Civil, não fazendo ele jus, todavia, às verbas inerentes ao regime resguardado pela Lei Federal nº 4.886/65. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Cível nº 1.0261.18.000977-9/001 - Comarca de Formiga - Apelante: Jair Guido Dutra Junior - Apelado: Divinópolis Comércio de Medicamentos Ltda – ME. Relator: Des. José de Carvalho Barbosa.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 03 de dezembro de 2020. - *José de Carvalho Barbosa*. – Relator.

Voto

DES. JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Jair Guido Dutra Júnior, nos autos da ação de cobrança, movida em face de Divinópolis Comércio de Medicamentos Ltda., perante o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Formiga, tendo em vista a sentença de folhas 139/141, complementada pela decisão de f. 149, por meio da qual foram julgados improcedentes os pedidos iniciais e condenado o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, suspendendo a exigibilidade, ante a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária.

Em suas razões recursais de f. 151/157, alega o autor, ora apelante, que, por meio de contrato verbal de representação comercial, iniciou a mediação de negócios mercantis para a empresa requerida em 1º.05.2014, tendo recebido comissões até a data de 09.10.2017, quando foi dispensado da prestação dos serviços.

Aduz que não recebeu nenhuma indenização, sequer aviso prévio, previstos na Lei nº 4.886/65.

Afirma que as provas dos autos demonstraram, de forma satisfatória, que ele, autor, nunca exerceu a função de promotor de vendas, mas sim a atividade de representante comercial, mediante

recebimento de comissão oriunda da venda dos produtos da requerida, pedindo, ao final, o provimento do recurso.

Ausente o preparo, por litigar o apelante sob o pálio da gratuidade judiciária, concedida em primeiro grau.

Contrarrazões apresentadas a folhas 160/170. É o Relatório.

Conheço do recurso.

Busca o autor o recebimento de indenização correspondente a 1/12 do total das comissões auferidas durante o período de vigência de contrato de representação comercial dito celebrado com a requerida, além de aviso prévio correspondente a 1/3 das comissões auferidas nos últimos três meses de intermediação, tudo conforme Lei nº 4.885/65, que dispõe sobre a representação comercial.

A requerida, de sua vez, afirma que o autor jamais exerceu a atividade de representante comercial, mas sim de promotor de vendas, salientando que, para o exercício da atividade de representação comercial, é imprescindível o registro nos Conselhos Regionais da profissão, requisito este estampado na Lei nº 4.886/65, art. 2º.

Alega que o apelado não está registrado no respectivo conselho, motivo pelo qual não faz jus ao regime resguardado pela Lei nº 4.886/65.

Salienta que a indenização e o aviso prévio somente são devidos aos representantes comerciais e não aos promotores de vendas, como era o caso do apelado, já que ele não era registrado no COREMINAS.

O douto juiz de primeiro grau, ao proferir a sentença recorrida, entendeu por bem julgar improcedentes os pedidos iniciais, ao entendimento de que o autor não teria logrado êxito na comprovação dos fatos constitutivos de seu direito.

Pois bem.

Verifica-se que há controvérsia quanto à existência, entre as partes, de um negócio jurídico de representação comercial.

As atividades dos representantes comerciais autônomos são regulamentadas por um diploma legal específico, qual seja a Lei nº 4.886/65, que, em seu art. 1º, dispõe:

> Art. 1º Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

Analisando detidamente os autos, verifica-se que o apelante logrou êxito em comprovar que, de fato, atuava como representante comercial da empresa apelada, mediante pagamento de comissão pelos produtos vendidos.

Os documentos de f. 13/18, quais sejam notas fiscais eletrônicas, bem como os *e-mails* de f. 23/29 - documentos estes sequer impugnados pela requerida - demonstram que o autor atuava como representante comercial da empresa ré, mediante pagamento de comissão pelos produtos vendidos.

A prova testemunhal produzida, no mesmo sentido, demonstra que o autor, realizada a mediação, de forma contínua e prolongada, para a realização de negócios mercantis, agenciando pedidos dos clientes e transmitindo-os à requerida.

Confira-se:

> [...] que conheceu o requerente e pode afirmar que ele trabalhava em uma firma chamada Divimed e o depoente era e é cliente do requerente até hoje; [...] que afirma que o requerente era representante da Divimed e vendia medicamentos para pessoas jurídicas, por exemplo, farmácias; que o depoente como cliente é proprietário de uma farmácia; [...] que o próprio depoente efetuava os pedidos de medicamento; que quando adquiriram medicamentos da Divimed o fazia por intermédio do requerente; que quando o requerente era representante era ele quem fazia os pedidos de medicamento; que o depoente fazia os pedidos ao requerente, que anotava e remetia os medicamentos posteriormente; que os pedidos eram feitos tanto presencialmente tanto por telefone; que o requerente visitava o depoente uma vez por semana; que quando chegava alguma coisa errada inicialmente o depoente tratava diretamente com a central em Divinópolis e se não resolvesse procurava o requerente; que o requerente nuca praticou serviços típicos de um promotor de venda na farmácia do depoente (depoimento prestado pela testemunha Júlio Mário Maia, f. 129).

As duas testemunhas arroladas pela parte ré, cujos depoimentos se encontram à f. 127/128, afirmaram que as funções exercidas por promotores de venda e representantes comerciais são as mesmas, com a mesma remuneração.

Devidamente comprovado, pois, que o autor/apelante exercia, de fato, a função de representante comercial da requerida.

Todavia, não faz ele "jus" ao recebimento das verbas buscadas na presente lide.

E assim porque referidas verbas são devidas em razão da aplicação de um regime jurídico específico, resguardado pela Lei nº 4.886/65, a qual assim determina em seu artigo 2º: "É obrigatório o registro dos que exerçam a representação comercial autônoma nos Conselhos Regionais criados pelo art. 6º desta Lei".

Tem-se, desse modo, que embora o apelante tenha comprovado que atuava como representante comercial da empresa apelada, não detendo ele, todavia, registro no conselho profissional competente, não faz jus ao recebimento das ora discutidas verbas indenizatórias, que são inerentes ao regime resguardado pela citada Lei Federal nº 4.886/65, sendo- lhe assegurado apenas recebimento da respectiva contraprestação pelo serviço prestado, com base nas regras gerais previstas no Código Civil, isso que, se for o caso, deverá buscar pelas vias próprias.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> É o que se observa na Lei 4.886/65, que, em seus artigos 1º a 4º, ao dispor acerca de quem pode atuar como representante comercial, submetendo-se a regime jurídico específico, estabelece como uma das exigências para tanto o registro no respectivo Conselho Regional dos Representantes Comerciais.
>
> Como já aludido, a ausência deste registro não obsta que o prestador de serviço exija a devida contraprestação, as comissões devidas pelos serviços trabalhos prestados, com base nas regras gerais previstas no Código Civil. Se a Lei 4.886/65 coloca como necessário o registro, há de se concluir que referido diploma tem sua aplicação restrita àqueles que detêm o registro no respectivo órgão competente, requisito que não fora observado pela recorrida.
>
> Observe-se que a pretensão da recorrente não é que sejam cumpridas as disposições contratuais, mas sim que seja imposta à recorrente obrigação prevista no artigo 27, alínea "j", da Lei 4.886/65, ou seja, a aplicação da legislação específica aos representantes comerciais (STJ, REsp nº 1.678.551 - DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sansevrino, j. 27.11.2018).

Acresça-se, por oportuno, que, em ação idêntica julgada por esta 13ª Câmara Cível, na qual também figurou como ré a empresa Divinópolis Comércio de Medicamentos Ltda., apesar de reconhecido o exercício da função de representante comercial pelo autor de aludida ação, foi afastada sua pretensão, ressalvando-se que aquele que atua como representante comercial sem estar registrado no conselho profissional competente não está impedido de exigir a contraprestação pelo serviço prestado, o que lhe é resguardado pelo Código Civil, não fazendo ele jus, todavia, às verbas inerentes ao regime resguardado pela Lei Federal nº 4.886/65.

Confira-se:

> Apelação cível. Ação de cobrança. Contrato de representação comercial. Ausência de registro perante o conselho regional da categoria. Lei 4.886/65. Inaplicabilidade - O registro do representante comercial no Conselho Regional da categoria é requisito legal ao recebimento das verbas indenizatórias trazidas pela Lei 4.886/65. Aquele que atua como representante comercial sem estar registrado no conselho não está impedido de exigir a contraprestação pelo serviço prestado, o que lhe é resguardado pelo Código Civil. Entretanto, ele não fará jus as verbas inerentes ao regime resguardado pela Lei Federal 4.886/65 (TJMG - Apelação Cível 1.0000.19.078416-5/001, Relator: Des. Alberto Henrique, 13ª Câmara Cível, j. em 07.11.2019, p. em 07.11.2019).

Vale consignar, por último, que, no julgamento do AgInt no REsp 1874728/MG - recurso este originado do processo acima mencionado, julgado por esta 13ª Câmara Cível, em que figura como requerida Divinópolis Comércio de Medicamentos Ltda. -, o Superior Tribunal de Justiça manteve o entendimento, conforme se vê da ementa do referido julgado:

> Agravo interno no recurso especial. Ação de indenização. Representação comercial. Ausência de registro no órgão competente. Incidência da Lei 4.886/65 afastada. Contraprestação garantida pelo Código civil. Decisão de acordo com a jurisprudência do STJ. Incidência da Súmula 83/STJ. Agravo desprovido. 1.

> Aplicação aos prestadores de serviços de representação, não registrados no respectivo Conselho Regional, das disposições do Código Civil, que, apesar de prever a remuneração pelos serviços prestados, não contempla a indenização prevista no artigo 27 da Lei 4.886/65 (REsp 1.678.551/DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. em 06.11.2018, DJe de 27.11.2018). 2. Estando a decisão recorrida em consonância com a jurisprudência desta Corte, o recurso especial encontra óbice na Súmula 83/STJ pelas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional. 3. Agravo interno desprovido (STJ, AgInt no REsp 1874728/MG, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 14.09.2020, DJe 01.10.2020).

Deverá, assim, ser afastada a pretensão autoral, não pelos fundamentos constantes da sentença hostilizada, mas diante do entendimento acima explicitado.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais pela parte apelante; os honorários advocatícios fixados em primeiro grau, também a cargo da parte apelante, ficam majorados para 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa, a teor do disposto no art. 85, § 11, do CPC, suspensa a exigibilidade, todavia, ante a concessão, em primeiro grau, dos benefícios da gratuidade judiciária.

Votaram de acordo com o Relator a Juiz de Direito Maria das Graças Rocha Santos e o Desembargador Alberto Henrique.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Direito constitucional e administrativo - Ação de cobrança - Ressarcimento aos cofres públicos - Art. 37, § 6º, da CR/88 - Ex-prefeito - Responsabilidade pelo pagamento de multas de trânsito durante o mandato eletivo - Negligência - Ausência de instauração de processo administrativo - Dano ao erário público - Dever de ressarcir - Sentença reformada.

- A Constituição da República, na dicção do art. 37, § 6º, assegura às pessoas de direito público o direito de regresso em desfavor dos agentes que causarem prejuízos ao erário público.

- A responsabilidade pelo pagamento de multas de trânsito praticadas por servidores quando da condução de veículos de propriedade do Município é da própria Prefeitura. Deixando o agente político, no exercício de sua função, de instaurar processo administrativo, a fim de apurar os verdadeiros condutores dos veículos, é de se reconhecer a sua responsabilidade e o dever de indenizar os cofres públicos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0106.18.001183-0/001 - Comarca de Cambuí - Apelante: Município de Córrego do Bom Jesus - Apelado: José Rodrigues da Silva - Relator: DES. WASHINGTON FERREIRA.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2020. - *Washington Ferreira* - Relator.

Voto

DES. WASHINGTON FERREIRA - Cuida-se de recurso de apelação, interposto contra a sentença de f. 462/466, proferida pela MMª. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível, Criminal e da Infância e da Juventude da comarca de Cambuí/MG que, na "ação de indenização por danos materiais" pelo Município de Córrego do Bom Jesus em desfavor de José Rodrigues da Silva, ex-prefeito, julgou improcedente o pedido inicial, objetivando a condenação do réu ao pagamento da quantia de R$10.309,21 (dez mil trezentos e nove reais e vinte e um centavos), referente às infrações de trânsito aplicadas aos veículos de propriedade da municipalidade, ocorridas durante a sua gestão, nos anos de 2013 a 2016. No mesmo ato sentencial, a MM.ª Juíza condenou o ente municipal ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R$1.000,00 (mil reais). Isentando-o, por outro lado, das custas processuais.

Nas razões recursais de f. 469/479, o Município de Córrego do Bom Jesus alega basicamente ser o réu, na qualidade de ex-gestor, o responsável pelo ressarcimento dos danos causados ao erário público, pelas multas de trânsitos atribuídas aos veículos do município, que não foram pagas durante a sua gestão, bem como pelo fato de ter deixado de instaurar processo administrativo para apurar quais motoristas conduziam os veículos no momento da infração. Tece considerações sobre a conduta culposa do gestor público, que deixou de apurar quem seria os condutores dos veículos e indicá-los junto ao Órgão de Trânsito, além de não zelar pela coisa pública, pretendendo, por isso, a reforma da sentença, para que o réu seja condenado ao ressarcimento dos cofres públicos no valor de R$10.309,21 (dez mil trezentos e nove reais e vinte e um centavos).

Sem preparo, ante a isenção legal (Art. 1.007, § 1º, do CPC de 2015 c.c. art. 10, I, da Lei Estadual nº 14.939/03).

O apelado, nas contrarrazões apresentadas às f. 484/490, suscitou, preliminarmente, o não conhecimento do recurso, por violação ao princípio da dialeticidade recursal, nos termos do art. 1.010 do CPC. No mérito, bateu-se pela manutenção da sentença.

Devidamente intimado, o Município de Córrego do Bom Jesus, em seu petitório de f. 498/501, afirma, de forma categórica, que houve ataque frontal à sentença, pretendendo, por isso, que o recurso seja provido e reformada a decisão atacada.

Na sequência, vieram-me conclusos os autos.

Desnecessária a manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça, pois inexiste interesse público na causa que justifique a intervenção ministerial.

É o relatório.

Preliminar - não conhecimento do recurso.

O réu/apelado suscitou, preliminarmente, o não conhecimento do recurso de apelação interposto pelo Município de Córrego do Bom Jesus, pois não impugnados especificamente os fundamentos da sentença recorrida.

Razão não lhe assiste.

Da detida análise da sentença, observa-se que a improcedência dos pedidos iniciais restou fundamentada na ausência de comprovação da contribuição do ex-gestor público para a ocorrência das multas de trânsito, de modo que caberia à municipalidade demonstrar a conduta culposa ou dolosa do chefe do Executivo.

Das razões recursais, depreende-se que o Município de Córrego do Bom Jesus insiste na omissão por parte do réu/apelado ao deixar de apurar os responsáveis pelas infrações de trânsito, devendo, por isso, ressarcir os cofres públicos pelos valores despendidos com o pagamento das multas de trânsito.

Logo, a meu ver, o recurso de apelação ataca, de forma satisfatória, a fundamentação do ato sentencial, e não apenas repete os argumentos trazidos durante a instrução do processo e peças lançadas na fase de conhecimento.

Portanto, a meu ver, restou cumprido o comando contido no art. 1.010, inciso III, do CPC, devendo ser afastada a apontada violação ao princípio da dialeticidade, viabilizando o conhecimento do recurso de apelação.

Logo, presentes os demais pressupostos de admissão previstos no Código de Processo Civil de 2015, conheço do recurso de apelação.

E, sem outras preliminares, passo à insurgência recursal.

Mérito.

Consta dos autos que o Município de Córrego do Bom Jesus ingressou em juízo pretendendo a condenação do Sr. José Rodrigues, da Silva, pelos danos causados ao erário municipal, enquanto gestor da máquina pública.

Relatou, para tanto, que a municipalidade, durante a gestão do réu, nos autos de 2013 a 2016, foi autuada por inúmeras infrações de trânsito, tendo o ex-gestor deixado de instaurar procedimento administrativo para apuração dos verdadeiros condutores dos veículos. Atribuí a responsabilidade pelo pagamento da quantia de R$10.309,21 (dez mil trezentos e nove reais e vinte e um centavos) ao ex-prefeito do Município de Córrego do Bom Jesus, pela evidente negligência de seu dever de zelar pela administração dos bens públicos.

Devidamente citado, o réu apresentou contestação às f. 376/382, suscitando, preliminarmente, inépcia da inicial e necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário com os motoristas que praticaram as infrações de trânsito. Em sede meritória, pugnou, em suma, pela improcedência da pretensão inicial.

Ao final, após instrução probatória, a MMª. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível, Criminal e da Infância e da Juventude da comarca de Cambuí/MG julgou improcedente o pedido inicial, ensejando a interposição de recurso de apelação por parte da municipalidade.

Essa, a decisão recorrida.

Cinge-se a controvérsia recursal sobre eventual responsabilidade do ex-chefe do Poder Executivo de Córrego do Bom Jesus, enquanto gestor público, pelo pagamento de multas de trânsitos referentes aos exercícios de 2013 a 2016, bem como por ter deixado de instaurar processo administrativo para apurar os servidores condutores dos veículos, conforme estabelece a Lei Municipal nº 1.113/2011.

Pois bem.

Segundo o colendo STF, a teoria do risco administrativo revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsa-

bilidade civil objetiva do poder público, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, por ação ou por omissão.

A referida concepção teórica - que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do poder público, tanto no que se refere à ação quanto no que concerne à omissão do agente público - faz emergir, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano moral e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais, não importando que se trate de comportamento positivo (ação) ou que se cuide de conduta negativa (omissão) daqueles investidos da representação do Estado.

Nesse sentido:

> Ato de registro de comércio. Junta comercial do estado do Rio de Janeiro. JUCERJA (autarquia estadual). Responsabilidade civil objetiva do estado (CF, art. 37, § 6º). Configuração. Teoria do risco administrativo. Doutrina e precedentes em tema de responsabilidade civil objetiva do estado. Reconhecimento, pelo tribunal de justiça local, de que se cuida de responsabilidade civil subjetiva. Acórdão recorrido que diverge da jurisprudência do supremo tribunal federal. Remessa dos autos à origem para que reaprecie a causa. Agravo interno improvido. (STF - ARE nº 1.046.474 AgR/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. 2ª Turma j. em 25.08.2017, p. em 12.09.2017).

Assim, para que haja a responsabilidade estatal basta que a vítima comprove o dano sofrido, o ato da Administração e o nexo de causalidade entre a conduta e a lesão.

É o que dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição da

República de 1988:

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

Com efeito, a responsabilidade civil da municipalidade, independentemente de culpa ou dolo, é objetiva.

Nesse sentido:

> Direito administrativo. Recurso extraordinário interposto sob a égide do CPC/1973. Responsabilidade objetiva do estado. Reparação de danos. Agente público. Ilegitimidade passiva ad causam. Consonância da decisão recorrida com a jurisprudência cristalizada do supremo tribunal federal. Recurso extraor-

> dinário que não merece trânsito. Reelaboração da moldura fática. Procedimento vedado na instância extraordinária. Agravo manejado sob a vigência do CPC/2015. 1. O entendimento da Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. - Esta Suprema Corte firmou o entendimento de que 'somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns'. Precedentes: RE nº 228.977, Rel. Min. Neri da Silveira, 2ª Turma; RE nº 327.904, Rel. Min. Ayres Britto, 1ª Turma; RE nº 470.996-AGR, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma; RE nº 344.133, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma; RE nº 593.525- AgR-segundo, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma; ARE nº 939.966-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma. - As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. - Agravo regimental conhecido e não provido (STF - ARE nº 991.086 AgR/MG. Rel.ª Min.ª Rosa Weber. 1ª Turma. j. em 06.03.2018).
>
> Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Acidente de trânsito. Rodovia pedagiada. Concessionária de serviço público. Responsabilidade objetiva. Possibilidade. Elementos da responsabilidade civil demonstrados na origem. Dever de indenizar. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. - A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, em situações como a ora em exame, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão. - Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise de legislação infraconstitucional e o reexame do conjunto fático- probatório da causa. Incidência das Súmulas nº 636 e 279/STF. - Agravo regimental não provido. - Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, tendo em vista que, na origem, os honorários advocatícios já foram fixados no limite máximo previsto no § 2º do mesmo art. (STF - ARE nº 951.552-AgR/ES. Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma. j. em 02.08.2016).

Para a doutrina mais moderna, a atividade administrativa a que se refere o dispositivo constitucional mencionado alhures engloba não apenas a conduta comissiva do ente federativo, mas, também, a omissiva, a desbordar a verificação da culpa por parte de seus agentes públicos.

Portanto, ao contrário, a responsabilidade do agente público causador do dano ao erário público é subjetiva, sendo imprescindível a comprovação de que o agente público agiu com dolo ou culpa e na condição de servidor público.

Nessa linha de raciocínio, Hely Lopes Meirelles, em sua exemplar obra, tece algumas ponderações sobre a responsabilidade civil do servidor:

> [...] responsabilidade civil é a obrigação que se impõe ao servidor de reparar o dano causado à Administração por culpa ou dolo no desempenho de suas funções. Não há, para o servidor, responsabilidade objetiva ou sem culpa. A sua responsabilidade nasce com o ato culposo e lesivo e se exaure com a indenização.
>
> [...]
>
> Culpa e dolo são conceitos diversos. A culpa se verifica na ação ou omissão lesiva, resultante de imprudência, negligência ou imperícia do agente; o dolo ocorre quando o agente deseja a ação ou omissão

> lesiva, ou assume o risco de produzi-la (MEIRELLES Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 38 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 557).

A título ilustrativo, trago à colação julgado do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Administrativo. Responsabilidade civil do estado. Dano causado a terceiros. Teoria do risco administrativo. Indenização. Direito de regresso. Denunciação à lide. Possibilidade. Adotou o direito brasileiro, em sede de responsabilidade civil do Estado, a teoria do risco administrativo, com a possibilidade de o Estado, após indenizar os lesados, acionar regressivamente o agente causador do dano, em caso de dolo ou culpa deste. É com base no princípio da economia processual que se admite a denunciação à lide do servidor público culpado. Recurso provido (REsp nº 236.837/RS, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, j. em 03.02.2000, DJ de 08.03.2000, p. 87).

Este egrégio Tribunal de Justiça, em situações similares, já se manifestou sobre a responsabilidade objetiva do ente Estatal, conjugada com a possibilidade de ação de regresso contra o agente público, quando demonstrada a sua culpa, *in verbis*:

> Apelação. Indenização por danos materiais. Acidente de trânsito. Responsabilidade objetiva do estado. Denunciação da lide. Condutor da viatura policial. Culpa comprovada. Responsabilidade subjetiva. Dever de ressarcimento. Correção monetária e juros de mora. - A denunciação da lide, que abriga a intervenção de terceiros, impõe a instauração de uma demanda secundária entre o denunciante e o denunciado. - O julgamento da denunciação da lide viabiliza-se a partir do momento em que é vencido o denunciante na ação principal. - As pessoas jurídicas de direito público têm responsabilidade objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. - Comprovada a culpa do agente público em acidente trânsito, procede o pedido de lide secundária instaurada entre o ente público e o servidor, devendo este ressarcir o valor pago a título de indenização. - Nas condenações da Fazenda Pública deverão incidir, a título de correção monetária, os índices de remuneração básica (TR), e juros de mora aplicáveis à caderneta de poupança, nos termos do disposto no art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09. Precedente (TJMG - Ap. Cível/Rem Necessária nº 1.0000.19.052622-8/001, Rel. Des. Carlos Henrique Perpétuo Braga, 19ª Câmara Cível, j. em 11.07.2019, p. em 19.07.2019).

Indiscutível, então, que o chefe do poder executivo, na qualidade de gestor de ente Federativo, eleito para proteger interesse público, deve zelar pelo patrimônio público, obrigação esta que emana das normas constitucionais, notadamente dos princípios da legalidade, publicidade, moralidade e eficiência. Do contrário, será responsável pelos danos causados à máquina pública, podendo incorrer até mesmo em ato de improbidade administrativa.

Com efeito, para aferição do dever de indenizar, cabe investigar se o réu/apelado, de fato, agiu com dolo ou culpa nas inúmeras infrações de trânsito praticadas no período em que desempenhou seu cargo eletivo na Prefeitura de Córrego do Bom Jesus.

Especificamente, cabe destacar o art. 257, § 3º e § 7º, do Código de Trânsito Brasileiro/CTV, *in verbis*:

> Art. 257. As penalidades serão impostas ao condutor, ao proprietário do veículo, ao embarcador e ao transportador, salvo os casos de descumprimento de obrigações e deveres impostos a pessoas físicas ou jurídicas expressamente mencionados neste Código.
>
> [...]
>
> § 3º Ao condutor caberá a responsabilidade pelas infrações decorrentes de atos praticados na direção do veículo.
>
> § 7º Não sendo imediata a identificação do infrator, o proprietário do veículo terá quinze dias de prazo, após a notificação da autuação, para apresentá-lo, na forma em que dispuser o CONTRAN, ao fim do qual, não o fazendo, será considerado responsável pela infração.
>
> § 7º Não sendo imediata a identificação do infrator, o principal condutor ou o proprietário do veículo terá quinze dias de prazo, após a notificação da autuação, para apresentá-lo, na forma em que dispuser o Conselho Nacional de Trânsito (Contran), ao fim do qual, não o fazendo, será considerado responsável pela infração o principal condutor ou, em sua ausência, o proprietário do veículo. (Redação dada pela Lei nº 13.495, 2017) (Vigência).
>
> § 8º Após o prazo previsto no parágrafo anterior, não havendo identificação do infrator e sendo o veículo de propriedade de pessoa jurídica, será lavrada nova multa ao proprietário do veículo, mantida a originada pela infração, cujo valor é o da multa multiplicada pelo número de infrações iguais cometidas no período de doze meses.

Dos dispositivos transcritos, depreende-se que a responsabilidade pelas infrações decorrentes de atos praticados na direção de veículo é do condutor, que não é, necessariamente, o proprietário do veículo. Portanto, nos casos em que o motorista e o proprietário do veículo são pessoas distintas, a legislação de trânsito determina que, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da notificação da autuação, o proprietário deverá indicar quem praticou a infração. Do contrário, o proprietário será considerado o responsável pelo pagamento da multa.

No âmbito do Município de Córrego do Bom Jesus, a Lei Municipal nº 1.113/2011, dispõe acerca do dever do motorista condutor de veículo oficial da municipalidade de restituir aos cofres públicos o valor das multas decorrentes de infrações de trânsito (Cópia da lei - f. 360-361).

Portanto, há exigência legal de ressarcimento da quantia desembolsada a título de multa de trânsito, pelo condutor do veículo, após a conclusão do procedimento administrativo, com o intuito de ser apurada sua responsabilidade civil objetiva para, só depois, condená-lo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário.

Volvendo aos autos, não há dúvidas que o ex-gestor municipal obrou de forma negligente ao desempenhar o seu mandato, de 2013 a 2016, causando danos ao Município de Córrego do Bom Jesus, ao deixar de instaurar processo administrativo, a fim de apurar os verdadeiros condutores de veículos que ocasionaram multas que foram pagas pela administração posterior.

De acordo com os extratos de Infrações extraídos dos bancos de dados do DETRAN/MG (f. 15/348), vários veículos de propriedade do Município de Córrego do Bom Jesus foram multados várias vezes entre 2013 a 2016, sem qualquer medida tomada por parte da Administração Pública, durante a gestão do réu, ora apelado.

Com efeito, indiscutível que o pagamento das multas de trânsitos por parte do Município, em gestão subsequente, acarretou prejuízo ao erário público.

Conquanto não haja provas de que os veículos autuados não tenham sido conduzidos pelo réu/apelado, ao reverso do entendimento da ilustre Sentenciante, creio que a responsabilidade do ex-gestor está configurada pela sua negligência ao deixar de apurar os verdadeiros responsáveis pelas infrações de trânsito.

Diante deste quadro, presentes os requisitos necessários para a caracterização da responsabilidade subjetiva do agente político, notadamente a culpa *in eligendo*, a procedência do pedido de ressarcimento formulado pelo município deve ser julgado procedente, de modo que a sentença deve ser reformada, para condenar o réu/apelado ao pagamento das multas de trânsitos cobradas no presente feito, pelo período de 2013 a 2016.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido inicial, condenando o réu/apelado a pagar o Município de Córrego do Bom Jesus à importância relativa às multas referidas na inicial, tudo a ser apurado em liquidação da sentença, cujo montante deve ser corrigido pelos índices da Corregedoria Geral de Justiça, a contar de cada pagamento realizado, com juros de mora, a partir da citação, nos termos da nova redação do art. 1º, *f*, da Lei nº 9.494, de 1997 dada pela Lei nº 11.960/09.

Diante do resultado do julgamento, inverto os ônus sucumbenciais, condenando o réu/apelado, ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios que deverão ser arbitrados no juízo da liquidação.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Geraldo Augusto e Edgard Penna Amorim.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação - Ação de indenização por danos morais - Concessionária de serviço público - Abastecimento de água - Falha na prestação de serviços - Estiagem e seus efeitos - Previsibilidade na região - Concessionária - Omissão em minimizar os efeitos - Serviço essencial - Dano morais - Ocorrência - Fixação - Critérios - Razoabilidade e proporcionalidade - Apelação à qual se nega provimento.

- A essencialidade do serviço de água, assegurado constitucionalmente, não permite que o fornecimento seja descontinuado por longo período de estiagem, sem qualquer ação da concessionária para minimizar os danos aos consumidores, mormente se considerada a recorrência da situação local.

- Incontroversa a ocorrência de privação do fornecimento de serviço essencial, necessário à preservação do direito à saúde e da dignidade humana.

- Dano moral configurado.

- Aplicam-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aferição do valor reparatório somado às condições pessoais da vítima e às próprias circunstâncias do dano gerado, para se alcançar o desejado cunho compensatório.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0487.16.001228-1/001 - Comarca de Pedra Azul - Apelante: COPANOR - COPASA Serviços de Saneamento Integrado do Norte e Nordeste de Minas GER. S.A. - Apelados: Márcio Eduardo Silva Costa e Maria Eduarda Silva Costa, representados pela mãe, Rogéria da Silva e Iara Aparecida Silva Costa. - Presidente e 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 rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2020. - *Marcelo Rodrigues* - Relator

Voto

DES. MARCELO RODRIGUES - Cuida-se de recurso de apelação, interposto por Copanor - Copasa Serviços de Saneamento Integrado do Norte e Nordeste de Minas Gerais contra a sentença (f. 234-242 do documento único) que, nos autos da ação indenizatória movida por Márcio Eduardo Silva Costa e Maria Eduarda Silva Costa, representados pela mãe, Rogéria da Silva e Iara Aparecida Silva Costa, julgou parcialmente procedente o pedido indenizatório formulado na inicial para

condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R$2.000,00 (dois mil reais), para cada autor.

Determinou que o valor seja corrigido monetariamente pelo índice da CGJMG a partir da publicação da sentença e acrescidos de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde a citação.

Condenou a ré, ora apelante, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, na forma do art. 85, § 2° do Código de Processo Civil.

Em suas razões recursais de f. 245-254, COPANOR COPASA Serviços de Saneamento Integrado do Norte e Nordeste de Minas Gerais insurge-se contra a sentença renovando a preliminar de ilegitimidade ativa dos apelados, visto que não comprovaram residir no Município à época dos fatos. Defende exclusão de responsabilidade em razão de caso fortuito e força maior, porquanto houve efetiva falta de água pela completa seca dos mananciais, tanto que declarada situação de emergência pelo executivo municipal. Aduz que não pode ser responsabilizada porque envidou esforços para tentar manter a prestação mínima de serviços, e além da perfuração de novos poços e instalação de adutoras, a COPANOR solicitou, em caráter de urgência, o envio de geólogo para análise e estudos para perfuração de poços profundos. E ainda foram disponibilizados caminhões pipa para abastecimento à população. Prossegue em seu apelo com a alegação de ausência de prova dos danos morais e, subsidiariamente, pela redução do valor indenizatório. Pugna pelo provimento do recurso.

Preparo recursal (f. 225-226).

Contrarrazões apresentadas às f. 266-272.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (documento de ordem 24).

É o relatório.

Juízo de admissibilidade

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Do contexto fático

Cinge a controvérsia ao direito dos autores de serem indenizados pela privação do serviço de abastecimento de água durante quase 30 dias no ano de 2013 no Município de Cachoeira de Pajeú.

A concessionária se bate pela ausência de responsabilidade pelo evento danoso em razão da grave seca que assolou a região no período.

Pela sentença foi julgado parcialmente procedente o pedido por considerar que a concessionária se omitiu no dever de precaução e de minimizar o sofrimento dos consumidores. Em face desta sentença é que se insurge a apelante.

Da desnecessidade de sobrestamento do feito

Inicialmente registro que o IRDR nº 1.0000.16.056466-2/002 (tema 24) já transitou em julgado, não havendo mais motivos para suspensão do feito. Ademais, trata-se de ação indenizatória movida contra sociedade de economia mista, de modo que, nos termos do referido IRDR, a Vara da Fazenda Pública é competente para processar e julgar o feito. E, caso inexista referida Vara Especializada na comarca, no Juízo Cível respectivo, como ocorreu na hipótese.

Preliminar de ilegitimidade ativa

Sobre a alegação de ilegitimidade ativa dos menores por falta de provas de residirem no Município afetado à época dos fatos, em verdade, verifica-se a existência dos comprovantes de f. 213-214 (declaração escolar) e f. 215 que atestam a residência dos menores no município de Cachoeira de Pajeú à época dos fatos.

Ademais, como constou da sentença, dado serem menores de idade, era presumível, até prova em contrário, que residissem na companhia dos pais.

Posto isso, rejeito a preliminar.

Mérito

No mérito, a apelante se bate em três fundamentos: a) existência de caso fortuito ou força maior; b) ter agido dentro dos limites do possível para minimizar as consequências do período de estiagem; c) ausência de prova dos danos morais.

Pois bem.

O desabastecimento pelo período de quase um mês é incontroverso nos autos. Então, a questão reside em saber se a concessionária agiu de forma adequada dentro do que se esperava e se disso, resultou algum dano indenizável aos apelados.

Cediço que o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Ora, sobre a alegação de caso fortuito e força maior, a sentença cuidou de explicitar que as secas são recorrentes na região ao longo dos anos, de modo que era previsível e possível à concessionária se precaver e tomar medidas eficazes para esse período.

Não por acaso que, a COPANOR iniciou o abastecimento por meio de caminhões pipa. Todavia, somente o fez após o deferimento de uma liminar por parte do Poder Judiciário de Pedra Azul, liminar mantida por este Tribunal quando julgou o agravo de instrumento.

Neste passo, afasta-se a alegação de caso fortuito e de força maior e, como o abastecimento mediante caminhões pipa somente ocorreu depois de ordem judicial, manifesta a omissão da concessionária em minimizar, por iniciativa própria, o sofrimento da população que se viu privada de bem essencial. E quanto aos danos morais são presumíveis na espécie. Isso por que a essencialidade do serviço de água, assegurado constitucionalmente, não permite que o fornecimento seja descon-

tinuado por longo período de estiagem, sem qualquer ação da concessionária para minimizar os danos aos consumidores, mormente se considerada a recorrência da situação local.

Registro que não se trata de um ou dois dias sem abastecimento de água, mas quase um mês. Ora, neste cenário, o dano moral é evidente.

Vale frisar que se cuida de fornecimento de serviço essencial, necessário à preservação do direito à saúde e da dignidade humana.

Neste sentido é a jurisprudência:

> Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Direito administrativo. Copanor. Falha na prestação de serviço de fornecimento de água. Comprovação. Procedência do pedido. Sentença mantida. - A comprovação nos autos de que as consumidoras ficaram sem abastecimento de água em seu imóvel, em virtude da omissão da concessionária de serviço público de água que, mesmo ciente deste problema, somente tomou providencias para soluciona-lo posteriormente a intervenção do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, inviabiliza a sua pretensão de reforma da sentença que julgou procedente o pedido indenizatório (TJMG - Apelação Cível nº 1.0487.16.001044-2/001, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, 1ª Câmara Cível, j. em 25.03.2020, p. em 14.05.2020).

Quanto ao valor da indenização, não merece a redução pleiteada, visto que a sentença ficou até mesmo aquém dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ensina a doutrina que a reparação civil deve conter efeitos punitivos e caráter compensatório, ou seja, a indenização deve ser suficiente a inibir ou desestimular o ofensor a repetição de situações semelhantes e, ao mesmo tempo, compensar o ofendido pelo dano sofrido.

Segundo Yussef Said Cahali:

> [...] demarcam-se, como dados propiciadores da configuração do dano moral, a necessidade de a ação judicial acarretar a exigível intimidação para que fatos análogos não se repitam, além de se constituir, sob certo aspecto, em forma punitiva civil dirigida ao ilícito, sem desconsiderar que propicia a pecúnia um conforto maior para quem suportou tão grande trauma (CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 177).

Pelo princípio da razoabilidade deve-se observar a mister congruência lógica entre a situação posta e o ato da ré, tendo em vista os fins reparatórios a que se destina, e pelo princípio da proporcionalidade deve-se ponderar uma adequada condenação, a necessidade da medida e a proporcionalidade propriamente dita.

A revisão do valor deve ser realizada quando não se mostrar justo ou proporcional, revelando-se aquém ou excessivo diante do caso concreto.

Em verdade, o valor da indenização arbitrado em primeiro grau deveria ser majorado, para atender estritamente os critérios legais que norteiam a fixação do valor da reparação. Isto porque não foi arbitrado em valor adequado para reparar o dano sofrido e desestimular a ofensora a novas práticas.

Contudo, ausente recurso da parte autora neste tocante, mantenho o valor arbitrado de R$2.000,00 (dois mil reais) para cada apelado.

Dispositivo

À luz destas considerações, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso para manter íntegra a sentença por seus jurídicos fundamentos.

Condeno a apelante ao pagamento das custas e honorários recursais, estes majorados em 2% (dois por cento) sobre o valor arbitrado na primeira instância.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Raimundo Messias Júnior e Maria Inês Souza.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de cobrança - Indenização securitária do DPVAT - Sinistro envolvendo bicicleta e um veículo estacionado - Cobertura de vida - Invalidez permanente - Apuração em contraditório - Correção monetária e juros de mora - Termos iniciais.

- O fato gerador da indenização do seguro DPVAT é a lesão física decorrente de acidente envolvendo pelo menos um veículo automotor, sendo irrelevante que a vítima seja um ciclista e o carro estivesse estacionado no momento da colisão.

- Com o julgamento do Recurso Especial nº 1.483.620/SC, que se deu sob a sistemática prevista no art. 543, *c*, do Código de Processo Civil/1973, e com a edição do Enunciado de Súmula nº 580, o eg. Superior Tribunal Justiça consolidou o entendimento de que a atualização monetária do valor da indenização por morte ou invalidez do seguro DPVAT se opera desde a data do evento danoso, fluindo os juros de mora a partir da citação (STJ - Enunciado de Súmula nº 426).

Apelação Cível nº 1.0512.16.001336-7/001 - Comarca de Pirapora - Apelante: Gisele Francisca Oliveira Cavalcante - Apelado: Bradesco Seguros S.A. Relator: DES. ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de novembro de 2020. - *Roberto Soares de Vasconcellos Paes* - Relator.

Voto

DES. ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES - Trata-se de apelação interposta por Gisele Francisca Oliveira Cavalcante, em razão da r. sentença prolatada às f. 222/224, pela MMª. Juíza da 1ª Vara Cível de Pirapora, que, nos autos da Ação de Cobrança de Seguro Obrigatório DPVAT ajuizada contra Bradesco Seguros S.A., julgou improcedente o pedido inicial formulado pela autora, nos seguintes termos:

> Posto isso, julgo improcedente o pedido contido na inicial, nos termos do art. 487, I, do CPC. Condeno a parte autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios que fixo em dez por cento sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC. No entanto, suspendo a exigibilidade, uma vez que a parte autora está o pálio da gratuidade da justiça (f. 224).

Nas razões do apelo (f. 226/233), a autora se insurge contra o v. julgado, argumentando que a colisão de sua bicicleta se deu contra veículo que estava estacionado na via, com a porta aberta, o que é suficiente para a cobertura da indenização DPVAT. Destaca que a prova técnica, elaborada sob o crivo do contraditório, comprovou a existência de lesão incapacitante. Nesse contexto, requer a modificação do julgado, para que o seu pedido inicial seja julgado procedente.

O recorrido apresentou contrarrazões às f. 235/238, manifestando-se em óbvia contrariedade.

É o relatório.

Decido:

Conheço do recurso, porque próprio, tempestivo (f. 225 e 226) e dispensado de preparo, tendo em vista que a apelante litiga sob o pálio da assistência judiciária (f. 224).

Extrai-se dos autos que Gisele Francisca Oliveira Cavalcante ajuizou a presente Ação de Cobrança de Seguro DPVAT contra Bradesco Seguros S.A., visando ao recebimento da indenização securitária, por incapacidade resultante de acidente de trânsito sofrido em 05.01.2015 (f. 02/07).

O seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores está previsto na Lei n° 6.194/1974.

Nos termos do art. 5º da Lei n° 6.194/1974, a indenização referente ao Seguro Obrigatório DPVAT será devida àquele que comprovar a ocorrência do acidente e do dano respectivo, independentemente da existência de culpa do segurado:

> Art. 5º O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado.

A Doutrina de Marcelo de Oliveira Amorín indica que "o seguro obrigatório, como é comumente conhecido, é um seguro especial de acidentes pessoais, decorrente de uma causa súbita e involuntária, destinado às pessoas transportadas ou não, que porventura venham a ser lesionadas por veículos" (Guia Prático do Seguro DPVAT. 1ª ed. Campo Grande: Editora Contemplar, p. 181-182).

Desde a Inicial (f. 02/07), a postulante afirmou que as lesões que sofreu decorreram da colisão de sua bicicleta contra um veículo, que estava parado na via de rolamento.

Essa narrativa é corroborada pelos históricos contidos no Boletim de Ocorrência (f. 15/17) e nos Prontuários Médicos de atendimento do requerente (f. 18/33), na data dos fatos.

O art. 20, l, do Decreto-Lei n° 73/1966, com redação dada pela Lei n° 8.374/1991, é claro ao estabelecer a obrigatoriedade do seguro por "danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não".

Logo, o indispensável é que o veículo automotor seja o gerador do dano, pois a Lei não exige que o acidente tenha causa no trânsito.

A respeito, o col. Superior Tribunal de Justiça decidiu:

> Civil e processo civil. Embargos de declaração. Agravo de instrumento. Fungibilidade recursal. Complementação de seguro. DPVAT. Acidente. Veículo automotor. Transporte de carga. [...] 2. O fato gerador da cobertura do seguro obrigatório DPVAT é o acidente causador de dano pessoal provocado por veículo automotor de via terrestre ou por sua carga, não importando se em movimento ou não, tampouco se foi atingido por outro. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento (EDcl. no REsp. nº 1.152.986/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* de 19.05.2011)

Não se pode olvidar que se trata de benefício relevante de proteção social, cujo reconhecimento não deve ser inviabilizado por uma compreensão tímida das causas do seu pagamento e da sua finalidade.

Nesse sentido, a doutrina esclarece:

> Na lição de Sergio Cavalieri Filho, pode se dizer que o seguro obrigatório deixou de ser caracterizado como um seguro de responsabilidade civil do proprietário, para se transformar em um seguro social em que o segurado é indeterminado, só se tornando conhecido quando da ocorrência do sinistro, ou seja, quando assumir a condição de vítima de um acidente automobilístico. Segundo o autor, o proprietário do automóvel, ao contrário do que ocorre no seguro de responsabilidade civil, não é o segurado, e sim o estipulante em favor de terceiro.
>
> Sob esta interpretação, pode-se dizer, ainda conforme o precitado autor, que não há um contrato de seguro propriamente dito, e sim uma obrigação legal, um seguro de responsabilidade social imposto por lei, para cobrir os riscos da circulação dos veículos em geral (Guia Prático do Seguro DPVAT. 1ª ed. Campo Grande: Contemplar, 2011, p. 182).

Rafael Tárrega Martins observa:

> A análise do fenômeno jurídico, entendido como sistema imprescindível para o convívio social harmônico, não só inspirado, mas ,sobretudo, fundamentado pela axologia que predomina na consciência humana, dependendo, é certo, de cada época cultural, fez com que os representantes das aspirações populares percebessem e criassem, dentro da temática do seguro impositivo, cogente, a figura do contrato de seguro obrigatório sobre veículos automotores de vias terrestres, tendo em mente, e como valor filosófico primordial, a solidariedade e o respeito recíprocos pela integridade e vida das pessoas. Outrossim, sob os auspícios do executivo pátrio surgiu o Decreto-lei n° 73, de 21.11.1966, progenitor do vigente seguro obrigatório de veículos automotores de vias terrestres, que detalharemos na sequência.
>
> Esta modalidade de seguro obrigatório, que reza precisamente pela integridade física e pela vida da pessoa, seja ela um motorista, um passageiro ou um pedestre, na hipótese de sinistro, se não traz para eventuais vítimas a recomposição das ofensas aos seus sentimentos mais profundos, traz em seu bojo, em contrapartida, pelo menos uma compensação de ordem material-financeira, atendendo, destarte, à recuperação da ordem jurídica civil, muito embora, como dito, não recupere valores mais importantes para a consciência humana. É a aplicação, portanto, do fim do próprio seguro, que, como dito alhures, pretende minorar os danos suportados por aquele que contrata a prestação securatória.

> É digno de menção, por derradeiro, que o seguro obrigatório de veículos automotores de vias terrestres DPVAT, diferentemente de outras espécies de seguro, é dotado de função social altamente relevante, sobretudo quando se analisa com requintes de detalhes os valores pertinentes a sua finalidade (Seguro DPVAT. Campinas: LZN, 2007, p. 21).

Acerca do tema:

> Agravo interno no recurso especial. Civil. Seguro DPVAT. Responsabilidade civil objetiva. Requisitos. Acidente de trânsito, dano pessoal e nexo causal. Trator. Causa determinante no infortúnio. Participação ativa. Invalidez permanente. Caracterização. 1. O seguro DPVAT possui a natureza de seguro obrigatório de responsabilidade civil, de cunho eminentemente social, criado pela Lei nº 6.197/1974 para indenizar os beneficiários ou as vítimas de acidentes, incluído o responsável pelo infortúnio, envolvendo veículo automotor terrestre (urbano, rodoviário e agrícola) ou a carga transportada, e que sofreram dano pessoal, independentemente de culpa ou da identificação do causador do dano. [...] 3. Agravo interno não provido (STJ - Ag. Int. no REsp. nº 1.575.062/MT, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJe* de 30.09.2016).

Assim, há que se estar atento para o devido exercício hermenêutico, a fim de que a Lei atenda aos fins sociais a que se dirige, conforme o disposto no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sendo oportuna a transcrição da lição de Caio Mário da Silva Pereira sobre essa temática:

> A interpretação da lei como processo mental de pesquisa de seu conteúdo real, permite ao jurista fixá-lo tanto em relação com a forma do comando coetâneo de seu aparecimento, como ainda nas situações que o desenvolvimento das atividades humanas venha a criar, inexistentes quando de sua elaboração, porém suscetíveis de subordinação à sua regra em tempo ulterior. Esta pesquisa da vontade legal, que, de tão importante e construtiva, não falta quem classifique como última da elaboração normativa, sob fundamento de que a lei contém na verdade o que o intérprete nela enxerga, ou dela extrai, afina em essência com o conceito valorativo da disposição, e conduz o direito no rumo evolutivo que permite conservar, vivificar e atualizar preceitos ditados há anos, há décadas, há séculos, e que hoje subsistem somente em função do entendimento moderno de seus termos. [...] O legislador exprime-se por palavras, e é no entendimento real destas que o intérprete investiga a sua vontade. Os órgãos encarregados da execução ou da aplicação da norma jurídica penetram, através da sua letra, no seu verdadeiro sentido. Toda lei está sujeita a interpretação. Toda norma jurídica tem que ser interpretada, porque o direito objetivo, qualquer que seja a sua roupagem exterior, exige seja entendido para ser aplicado, e neste entendimento vem consignada a sua interpretação. Inexato é, portanto, sustentar que somente os preceitos obscuros, ambíguos ou confusos, exigem interpretação, e que a clareza do dispositivo a dispensa, como se repete na velha parêmia *in claris cessat interpretatio*. [...] Há sempre necessidade de investigar a essência da vontade legislativa, não apenas na exteriorização verbal, mas naquilo que é sua força interior e o poder de seu comando. Interpretar não é tão somente contentar-se com o que a letra da lei revela, pois que, na sociedade animada pela civilização jurídica, a fórmula sacramental perdeu a validade que era o seu prestígio num estágio primitivo, em que dominava a escravidão da forma. Por isso mesmo já o romano sentenciava que *scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem*. E precisamente por ser a hermenêutica a arte de rebuscar aquele sentido vivo do preceito, é que a interpretação realiza a vivência permanente da disposição legal por um tempo que largamente se distancia do momento em que nasce.

> O aplicador da lei (notadamente o juiz na decisão dos casos de espécie) terá de se valer de toda uma técnica, no plano do desenvolvimento jurídico, ainda que transcendendo à lei (como observa Karl Larenz), porém mantendo-se "nos limites das valorações fundamentais do ordenamento jurídico" sem penetrar no âmbito do "arbítrio judicial" (Instituições de Direito Civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 187-188).

Enfatizo que o aspirante à indenização do Seguro Obrigatório constitui parte hipossuficiente e carecedora de maior proteção individual, sendo imperioso que o Poder Judiciário, em causas da espécie, oriente as suas decisões pela busca da efetivação e da garantia das condições mínimas da dignidade humana, como instrumento dos direitos sociais que a consagram.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está destacado nos arts. 1º, III, e 170, *caput*, da Constituição Federal, e 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A dignidade da pessoa constitui valor inerente à própria natureza humana e deve receber proteção incondicional do Estado, por ser anterior ao Direito e à própria sociedade.

Fábio Konder Comparato ressalta a "idéia de que o princípio do tratamento da pessoa como um fim em si implica não só o dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também o dever positivo de obrar no sentido de favorecer a felicidade alheia", por constituir "a melhor justificativa do reconhecimento, a par dos direitos e liberdades individuais, também dos direitos humanos". Adverte que "a dignidade da pessoa humana não pode ser reduzida à condição de puro conceito" (A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 24 e 229).

Portanto, estando demonstrado nos autos que a incapacidade permanente que acometeu a autora decorre de lesão causada pela colisão entre a bicicleta por ela conduzida e um Volkswagen Gol, que é um veículo automotor, mesmo que esse último estivesse estacionado na pista, a indenização deve ser paga.

Mudado o que deve ser mudado, menciono outros apropositados julgados que se aplicam à situação examinada:

> Civil. Recurso especial. Seguro de danos pessoais causados por veículos de via terrestre (DPVAT). Explosão. Carga inflamável. Hipótese de incidência da norma. Lei nº 6.194/76. I - A cobertura do seguro obrigatório prevê como hipótese de incidência o acidente causador de danos pessoais graves, havido com o veículo ou com a carga transportada. II - O acidente que dá ensejo ao pagamento do seguro não tem, necessariamente, causa no trânsito, mas no dano pessoal provocado também pela carga transportada, ainda que o veículo não se encontre em movimento, nem tampouco seja atingido por outro. Não é o acidente de trânsito, mas o acidente com o veículo, ou com a carga, o fato gerador da obrigação de indenizar em razão das regras do denominado seguro obrigatório. Recurso provido (STJ - REsp. nº 646.784/RS, Rel. Min. Castro Filho, *DJ* de 01.02.2006).

> Apelação cível. Ação de cobrança. Seguro obrigatório DPVAT. Acidente ocorrido entre bicicleta e veículo automotor parado. Invalidez permanente parcial e incompleta da ciclista. Prova. Indenização. Cabimen-

to. Apuração segundo a tabela da SUSEP. Exigência legal. Valor incontroverso. Honorários advocatícios sucumbenciais. Sentença condenatória. Fixação no limite legal. Recurso conhecido e parcialmente provido. I - A vítima de acidente automobilístico tem direito de indenização do seguro obrigatório DPVAT, quando comprovada a sua incapacidade, ainda que parcial, em razão do sinistro. II- Demonstrado que o acidente ocorreu no momento em que o condutor de um veículo automotor, parado, abriu a porta, interceptando a trajetória da ciclista, causando-lhe a queda e as lesões noticiadas nos autos, faz ela jus ao seguro obrigatório DPVAT. III - O pagamento da indenização em caso de invalidez deve ser proporcional à lesão e ao grau de incapacidade, conforme as regras da SUSEP e Súmula n° 474 do STJ. (TJMG - Apelação Cível n° 1.0024.14.114069-9/001, Rel. Des. Vicente de Oliveira Silva, 10ª Câmara Cível, j. em 28.08.2018, p. da súmula em 06.09.2018).

Apelação cível. Ação de cobrança. Seguro DPVAT. Acidente de trânsito envolvendo bicicleta. Veículo automotor parado. Causa determinante do acidente. Comprovação. Cobertura securitária devida. Termo inicial da correção monetária. Data do sinistro. Ônus sucumbênciais. Redistribuição. Necessidade. - É cabível, excepcionalmente, o pagamento da indenização relativa ao seguro DPVAT quando o veículo automotor envolvido no sinistro estiver parado. Para tanto, exige-se a comprovação de que a vítima não agiu com dolo ou culpa e que o veículo seja a causa determinante do acidente. - No tocante à correção monetária, tem-se que a sua incidência nas indenizações por morte ou invalidez do seguro DPVAT, prevista no art. 3º da Lei n° 6194/74, com a redação dada pela Lei n° 11.482/2007, opera desde a data do evento danoso, conforme entendimento sedimentado pelo col. Superior Tribunal de Justiça através do REsp 1483620/SC, julgado sob o rito do art. 543, *c*, do CPC. - Evidenciado que a autora decaiu de parte considerável de seu pedido, deverá arcar proporcionalmente com as custas processuais e os honorários advocatícios (TJMG - Apelação Cível n° 1.0702.16.017146-9/001, Rel.ª Des. Aparecida Grossi, 17ª Câmara Cível, j. em 14.06.2018, p. da súmula em 26.06.2018).

Civil. DPVAT. Bicicleta. Colisão com veículo automotor em regular deslocamento, parado apenas no momento da colisão. Causa determinante relacionada com o veículo. Configuração de acidente de trânsito para fins de recebimento do seguro DPVAT. 1. O seguro obrigatório (DPVAT) é um contrato legal, de cunho social, em que o segurado é indeterminado e que tem por objetivo a reparação por eventual dano pessoal, independentemente de juízo de valor acerca da existência de culpa. 2. A colisão de bicicleta com veículo automotor, que se encontrava em regular deslocamento, tendo parado, de forma pontual, apenas no momento do acidente, configura acidente de trânsito para fins de indenização referente ao seguro DPVAT, notadamente na hipótese em que o veículo tenha sido causa determinante do acidente e dos danos sofridos (TJMG - Apelação Cível n° 1.0074.15.001204-0/001, Rel. Des. Cabral da Silva, 10ª Câmara Cível, j. em 06.03.2018, p. da súmula em 16.03.2018).

Apelação cível. Ação de cobrança. Seguro DPVAT. Veículo parado. Danos decorrentes do veículo. Queda da bicicleta. Indenização devida. - Embora considerando que, em regra, o uso comum que se dá ao veículo seja a circulação em área pública, não se pode limitar a indenização apenas nos casos em que o acidente ocorre quando o veículo esteja em movimento, pois a lei não impõe tal restrição, mas apenas disciplina que o acidente e os danos sejam decorrentes de veículo automotor terrestre ou sua carga. - Para que seja admitida a indenização securitária, quando o veículo esteja parado ou estacionado, necessário que o veículo automotor seja causa determinante do dano (TJMG - Apelação Cível n° 1.0035.15.015149-2/001, Rel. Des. Marco Aurelio Ferenzini, 14ª Câmara Cível, j. em 11.10.2017, p. da súmula em 20.10.2017).

Com efeito, não subsistem os fundamentos de improcedência do pedido inicial constantes da r. sentença, razão pela qual passo à apuração do *quantum* reparatório:

No que tange ao cálculo da indenização, havendo o acidente ocorrido em 05.01.2015, incide o art. 3º, II, da Lei nº 6.194/1974, com a redação dada pela Lei nº 11.482/2007, uma vez que a norma de direito material aplicável é aquela vigente na data do sinistro.

No que pertine, transcrevo excerto da referida legislação:

> Art. 3º. Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2º desta Lei compreendem as indenizações por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares, nos valores que se seguem, por pessoa vitimada:
>
> a) (revogada);
>
> b) (revogada);
>
> c) (revogada);
>
> I - R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de morte;
>
> II - até R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de invalidez permanente; e
>
> III - 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.

Nos autos, a prova pericial foi deferida, submetendo-se a autora ao exame médico realizado pelo Perito Oficial, Dr. Adriano Moura Brito, CRM/MG nº 37.265 (f. 202/209).

Conforme o Laudo Pericial colacionado às f. 202/209, em razão do acidente de trânsito, a demandante sofreu dano consolidado, parcial e incompleto, no tornozelo esquerdo, com perda de 25% (vinte e cinco por cento).

As partes obtiveram conhecimento do Laudo Pericial (f. 212/218 e 219/221), não havendo sido formulado nenhum questionamento contra as conclusões ali postas.

É sabido que, nos termos das Leis nºs 11.482/07 e 11.945/09, que alteraram a Lei nº 6.194/74, o valor da indenização do seguro DPVAT deve ser proporcional ao grau de invalidez resultante do sinistro.

Nesse sentido o entendimento que se consolidou no Enunciado de Súmula nº 474, do eg. Superior Tribunal de Justiça:

> A indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau da invalidez.

Repita-se que o citado regramento é aplicável ao presente caso, uma vez que o acidente de trânsito ocorreu após a edição da Medida Provisória nº 451/2008, que foi convertida na Lei nº 11.945/2009.

Como mencionado, o Laudo apresentado pelo Perito Oficial (f. 203/209) concluiu pela ocorrência de incapacidade permanente com perda de 25% (vinte e cinco por cento) no tornozelo esquerdo, após as consolidações das lesões.

De acordo com a Tabela anexa à Lei n° 6.194/1974, havendo perda anatômica e/ou funcional incompleta, como se verificou na espécie, deve incidir a proporcionalidade (redutor) da limitação parcial, que, na espécie, foi fixado em 25% (vinte e cinco por cento).

Promovido o cálculo da indenização, com observância dos mencionados critérios (25% de 25% de R$13.500,00), a Demandante faz jus a R$843,75 (oitocentos e quarenta e três reais e setenta e cinco centavos).

Outrossim, no que concerne à atualização monetária do valor da condenação, trata-se de mera recomposição do valor nominal da moeda diante da perda inflacionária decorrente do transcurso do tempo.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.483.620/SC, sob a relatoria do em. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que se deu sob a sistemática prevista no art. 543, *c*, do Código de Processo Civil/1973, o eg. Superior Tribunal Justiça firmou o entendimento de que a correção monetária das indenizações por morte ou invalidez do seguro DPVAT opera-se desde a data do evento danoso:

> Recurso especial repetitivo. Civil. Seguro dpvat. Indenização. Atualização monetária. Termo *a quo*. Data do evento danoso. Art. 543, *c*, do CPC. 1. Polêmica em torno da forma de atualização monetária das indenizações previstas no art. 3º da Lei 6.194/74, com redação dada pela Medida Provisória nº 340/2006, convertida na Lei nº 11.482/07, em face da omissão legislativa acerca da incidência de correção monetária. 2. Controvérsia em torno da existência de omissão legislativa ou de silêncio eloquente da lei. 3. Manifestação expressa do STF, ao analisar a ausência de menção ao direito de correção monetária no art. 3º da Lei nº 6.194/74, com a redação da Lei nº 11.482/2007, no sentido da inexistência de inconstitucionalidade por omissão (ADI 4.350/DF). 4. Para os fins do art. 543, *c*, do CPC: A incidência de atualização monetária nas indenizações por morte ou invalidez do seguro DPVAT, prevista no § 7º do art. 5º da Lei nº 6194/74, redação dada pela Lei nº 11.482/2007, opera-se desde a data do evento danoso. 5. Aplicação da tese ao caso concreto para estabelecer como termo inicial da correção monetária a data do evento danoso. 6. Recurso especial provido (REsp. nº 1.483.620/SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* de 02.06.2015).

Acrescento que o referido entendimento foi consolidado com a aprovação do Enunciado de Súmula nº 580, pelo eg. Superior Tribunal de Justiça:

A correção monetária nas indenizações do seguro DPVAT por morte ou invalidez, prevista no parágrafo 7 do artigo 5º da Lei nº 6.194/74, redação dada pela Lei nº 11.482/07, incide desde a data do evento danoso.

Além disso, ao valor da condenação serão acrescidos juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, conforme o entendimento contido no Enunciado de Súmula nº 426, do eg. Superior Tribunal de Justiça:

Os juros de mora na indenização do seguro DPVAT fluem a partir da citação.

No que se refere à distribuição dos ônus de sucumbência, da leitura da Peça Vestibular (f. 02/07), constato que a Demandante requereu a condenação do Requerido ao pagamento da indenização DPVAT, no importe máximo segurado, de R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais).

Ocorre que, com o presente julgamento, foi reconhecida à postulante a importância de R$843,75 (oitocentos e quarenta e três reais e setenta e cinco centavos).

Note-se que não houve o acolhimento do montante principal pretendido pela requerente, mas também não é possível estabelecer a sucumbência mínima do apelado, na maneira insculpida no parágrafo único do art. 86 do CPC/2015, uma vez que a Seguradora foi condenada a arcar com a indenização securitária.

De toda forma, é manifesto que a demandante ficou vencida em maior proporção na causa, devendo responder por 93% (noventa e três por cento) dos ônus sucumbenciais, imputando-se ao réu o percentual remanescente dessas despesas (7%).

Dissertando sobre o tema, Yussef Said Cahali conceitua:

> Sucumbir é ver a ação rejeitada, se se é o autor, ou ver pronunciadas as condenações contra si, se se é o réu. [...] Vencido é aquele contra o qual o direito é declarado, aquele contra o qual a sentença é proferida; em outras palavras, vencido é o réu, se o pedido do autor é julgado procedente; é o autor, no caso contrário.
>
> Em síntese, e do ponto de vista objetivo, a sucumbência se identifica diante de uma das duas possíveis situações reveladas no resultado do processo, em seu confronto com a demanda: a) a parte a que é negado total ou parcialmente o reconhecimento da situação jurídica deduzida, ou é apenas negado um provimento relativo ao mérito da causa; b) a parte em relação à qual é declarada a existência de uma situação jurídica, mesmo que não tivesse contestado in judicio a pretensão adversária, ou tivesse de todo se omitido de cumprir a atividade processual (contumácia) (Honorários Advocatícios. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p.175/176).

Na mesma obra, continuam os ensinamentos:

> Nada se acrescenta, pela obviedade, dizer-se que, "se o autor que pede 100 é vencedor em 70 e perdedor em 30, deve pagar apenas 30% das despesas e dos honorários de advogado do réu, e este pagará 70% das despesas e dos honorários do advogado do autor", porque, também aqui, a fórmula de liquidação depende do percentual advocatício arbitrado em favor do autor e em favor do réu (*Ibid.* p. 521/522).

Em situações análogas, a Jurisprudência:

> Apelação cível. Ação de cobrança do seguro DPVAT. Ônus sucumbenciais. Redistribuição. Não cabimento. Êxito parcial. Tendo sido julgada parcialmente procedente a demanda, com condenação a pagamento de indenização do seguro DPVAT inferior à pretendida, há sucumbência recíproca, devendo

haver a distribuição proporcional dos ônus (TJMG - Apelação Cível n° 1.0363.14.004398-7/001, Rel. Des. Amauri Pinto Ferreira, 17ª Câmara Cível, j. em 27.09.2018, p. da súmula em 09.10.2018).

Apelação cível. Ação de cobrança. Seguro DPVAT. Acidente de trânsito envolvendo bicicleta. Veículo automotor parado. Causa determinante do acidente. Comprovação. Cobertura securitária devida. Termo inicial da correção monetária. Data do sinistro. Ônus sucumbênciais. Redistribuição. Necessidade. - É cabível, excepcionalmente, o pagamento da indenização relativa ao seguro DPVAT quando o veículo automotor envolvido no sinistro estiver parado. Para tanto, exige-se a comprovação de que a vítima não agiu com dolo ou culpa e que o veículo seja a causa determinante do acidente. - No tocante à correção monetária, tem-se que a sua incidência nas indenizações por morte ou invalidez do seguro DPVAT, prevista no art. 3º da Lei n° 6194/74, com a redação dada pela Lei n° 11.482/2007, opera desde a data do evento danoso, conforme entendimento sedimentado pelo col. Superior Tribunal de Justiça através do REsp 1483620/SC, julgado sob o rito do art. 543, *c*, do CPC. - Evidenciado que a autora decaiu de parte considerável de seu pedido, deverá arcar proporcionalmente com as custas processuais e os honorários advocatícios (TJMG - Apelação Cível n° 1.0702.16.017146-9/001, Rel.ª Des. Aparecida Grossi, 17ª Câmara Cível, j. em 14.06.2018, p. da súmula em 26.06.2018).

Com essas considerações dou parcial provimento ao apelo, para, reformando a r. sentença, deferir ao autor a indenização no valor de R$843,75 (oitocentos e quarenta e três reais e setenta e cinco centavos), a ser corrigida monetariamente, segundo os índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça, desde a data do evento danoso, e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação.

Como consectário, imponho à postulante o pagamento de 93% (noventa e três por cento) das custas processuais, incluídas as recursais, bem como 93% (noventa e três por cento) da verba honorária atinente aos trabalhos dos causídicos, que, com fulcro no disposto no art. 85, § 8º, do CPC, arbitro na cifra de R$2.000,00 (dois mil reais), suspensa a exigibilidade, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC/2015. Por sua vez, o requerido responderá pelo percentual residual desses ônus (7% - sete por cento).

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Amauri Pinto Ferreira e Baeta Neves.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO.

Reexame necessário/Apelação Cível - Aposentadoria - Invalidez para o serviço público decorrente de doença grave - Proventos - Integralidade - Equiparação ao valor a que estaria percebendo o servidor na ativa - Critério estabelecido pelo art. 1º, da Lei Federal nº 10.887/04 - Inaplicabilidade à espécie.

- Conforme preceitua o art. 40, § 1º, I, da CR/88, "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.

Consectários legais - Art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.690/09 - Declaração de Inconstitucionalidade pelo STF - Correção monetária - Incidência da TR - Ausência de insurgência da parte interessada - Vedação à *reformatio in pejus*.

1. Tendo em vista o julgamento das ADINs 4.357 e 4.425, bem como do Recurso Extraordinário 870.947/SE pelo STF, cabível a desconsideração do índice de remuneração da caderneta de poupança previsto no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, em relação à correção monetária das condenações impostas à Fazenda Pública, reconhecendo a validade do citado dispositivo apenas no tocante aos juros moratórios.

2. Ausente a insurgência da parte interessada quanto à aplicação da TR, descabe a retificação da metodologia, sob pena de *reformatio in pejus*.

V.V.p. Diante da novel sistemática de cálculo dos consectários legais da condenação, observados a autoridade e o efeito vinculante dos mencionados precedentes dos Tribunais Superiores, conforme disposto no art. 927, do CPC, forçoso concluir que a correção monetária das dívidas fazendárias, excetuadas as decorrentes de relações jurídico-tributárias, deve observar índice que reflita a inflação acumulada do período, qual seja, o IPCA-E, merecendo reforma a r. sentença, neste aspecto.

- De acordo com o disposto no art. 322, do CPC, por constituírem acessórios do pedido inicial e integrarem a condenação, a alteração dos índices de correção monetária sequer implica em *reformatio in pejus*, consoante consolidada jurisprudência do STJ.

Apelação Cível nº 1.0024.15.001340-7/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: João Henrique Carvalho Gomes. 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, confirmada a sentença, no reexame necessário, vencido, em parte, o relator.

Belo Horizonte, 21 de agosto de 2020.- *Carlos Levenhagen*. – Relator.

Voto

DES. CARLOS LEVENHAGEN - Trata-se de reexame necessário e apelação cível, interposta contra a sentença proferida pelo magistrado Rogério Santos Araújo Abreu, f. 117/119v-TJ, que, nos autos da ação ordinária proposta por João Henrique Carvalho Gomes, em desfavor do Estado de Minas Gerais, julgou procedente o pedido inicial para determinar ao réu que

> pague os proventos de aposentadoria do Autor com base na remuneração do cargo efetivo em que ocorreu a aposentadoria e não pela média das remunerações, inclusive os retroativos, a partir da Emenda Constitucional nº 70/2012, observada a prescrição quinquenal. Sobre o valor devido deverá incidir correção monetária desde o inadimplemento, segundo os índices oficiais de remuneração básica da poupança (TR) de 29.06.2009 até 25.03.2015 e, a partir dessa data deve ser corrigido monetariamente pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E); e juros de mora, a partir da citação, calculados conforme o índice da caderneta de poupança.

Inconformado, sustenta o apelante, em síntese, f. 121/140-TJ, não ser devido o pagamento de aposentadoria com base na última remuneração recebida, cumprindo a realização do cálculo utilizando-se a média dos últimos salários de contribuição vertidos ao instituto de previdência. Em caráter eventual, requer a aplicação do disposto na Lei nº 11.960/2009, pugnando, ao final, pela reforma do ato judicial hostilizado.

Contrarrazões, f. 142/153-TJ, pelo desprovimento do recurso.

É o Relatório.

Conheço do reexame necessário, bem como do recurso voluntário, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia *sub judice* à verificação do direito da parte autora de receber os seus proventos de aposentadoria integrais, no valor equivalente à integralidade de seus vencimentos, considerada a remuneração do cargo efetivo em que se deu a inatividade.

Nesses contornos, a documentação carreada aos autos, em especial a publicação no Diário do Executivo e Legislativo de f. 18/19- TJ, revela que o autor, após ter se submetido à perícia médica, fora aposentado por invalidez, a partir de 09.11.2000, segundo disposto no art. 108, alínea "e", da Lei nº 869, de 05 de julho de 1952.

O valor de seus proventos, portanto, deve ser calculado segundo as normas legais pertinentes à sua situação em particular.

Diante deste contexto, urge transcrever o que dispõe o art. 40, § 1º, I, da CF/88, com a redação imprimida pela EC 41/2003:

> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas as 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.

A seu turno, o disposto nos arts. 108, "e", e 110, II, da Lei Estadual nº 869/52, responsáveis pela regulamentação do cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores civis estaduais, estabelecem:

> Art. 108 - O funcionário, ocupante de cargo de provimento efetivo, será aposentado:
>
> [...]
>
> 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.
>
> Art. 110 - Os proventos da aposentadoria serão integrais:
>
> [...]
>
> II - quando ocuparem as hipóteses das alíneas "c", "d" e "e" do art. 108, e parágrafo 8º do mesmo artigo [...].

Cediço, ainda, que a Emenda Constitucional nº 70/2012 acrescentou o art. 6-A à Emenda Constitucional 41/2003, reconhecendo o direito à paridade de proventos com os servidores da ativa aos servidores que tenham ingressado no serviço público até a data da promulgação da EC 41/2003, e se aposentado por invalidez permanente decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, como segue:

> Art. 1º A Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 6º-A:
>
> '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.

> Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base no caput o disposto no art. 7º desta Emenda Constitucional, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses servidores.

Nesse passo, faz jus o autor ao recebimento dos seus proventos de aposentadoria, no montante exato de sua última remuneração, não sendo de se aplicar, à espécie, o regramento contido no art. 1º, da Lei Federal nº 10.887/04, segundo o qual, o

> 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, [...] 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.

Com efeito, a Emenda Constitucional n.º 41/2003, ao extinguir o cálculo integral para as aposentadorias e pensões de servidores públicos (art. 40, §§ 3º e 7º, da Constituição Federal), também excetuou, expressamente, as hipóteses em que o benefício deveria permanecer sendo pago integralmente, como no caso de servidor público aposentado por invalidez permanente, decorrente de doença grave ou incurável, prevista em rol taxativo da legislação de regência (art. 40, § 1º, inciso I, parte final, da Constituição Federal).

A propósito, precedente desta Casa:

> Apelação cível. Direito Constitucional. Aposentadoria por invalidez. Proventos proporcionais. Regra geral. Doença incapacitante. Lúpus eritematoso disseminado (sistêmico). Doença insertida no rol da lei complementar nº 64/2002. Proventos integrais. Direito reconhecido. Recurso provido. - Em se tratando de aposentadoria por invalidez, o servidor, em regra, fará jus a proventos proporcionais, salvo nas hipóteses taxativamente elencadas no artigo 40, § 1º, da Constituição da República, a saber, se decorrente a invalidez de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei. - A Lei Complementar nº 64/2002 regulamentou, no âmbito do Estado de Minas Gerais, as enfermidades que, acarretando a incapacidade definitiva do servidor para a atividade laboral, ensejam o percebimento de proventos integrais. - Evidenciado nos autos que uma das patologias que ensejou o reconhecimento da incapacidade definitiva laboral do autor, qual seja, Lúpus Eritematoso Disseminado, encontra-se elencada na Lei Complementar nº 64/2002, há de ser reconhecido o direito ao recebimento de proventos integrais. - Conforme o entendimento já sedimentado no âmbito Superior Tribunal de Justiça, "a Lei 10.887/2004, que regulamentou a EC 41/2003, disciplinando o método de cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores públicos com base na média aritmética simples das maiores remunerações, não se aplica às aposentadorias por invalidez permanente oriundas de moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificados em lei, dado que os proventos, nesses casos, deverão ser integrais" (AgRg nos EDcl no REsp 1.525.901/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.10.2015). Recurso provido (Apelação Cível 1.0056.11.019379-6/001, Relator: Des. Corrêa Junior , 6ª Câmara Cível, j. em 12.03.2019, p. em 22.03.2019).

Por fim, quanto aos consectários legais da condenação, após exaustiva e longa discussão sobre a matéria e para dirimir, definitivamente, a controvérsia, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, afetou o tema à sistemática da repercussão geral - Tema 810 - para reafirmar a sua jurisprudência dominante, reconhecendo que, nas relações jurídico-tributárias, quando se tratar de processo de conhecimento e de execuções/cumprimento de sentença, sem precatório expedido, a Fazenda deve atualizar seus débitos utilizando a mesma taxa que corrige seus créditos, ou seja, a Taxa Selic, acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, segundo previsão específica do § 1º do art. 161 do CTN. Por sua vez, nas relações jurídico-não tributárias, os débitos devem ser atualizados pelo IPCA-E e, nos termos do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/1997, acrescidos juros de mora, segundos os índices que remuneram a caderneta de poupança:

> O art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis à condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional, ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/1997 com a redação dada pela Lei 11.960/2009.
>
> [...]
>
> O artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

Inclusive, o STF, na sessão extraordinária realizada em 03.10.2019,

> por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Relator para o acórdão, vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator), Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente).

Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP nº 1.270.439/PR, também submetido à sistemática do art. 1.036, do CPC, alinhou-se com a jurisprudência do STF, para afastar a possibilidade da aplicação exclusiva dos índices da caderneta de poupança, como fator de correção monetária, definindo ser o IPCA o melhor índice para atualização monetária das dívidas fazendárias, *in verbis*:

> Verbas remuneratórias. Correção monetária e juros devidos pela fazenda pública. Lei 11.960/09, que alterou o artigo 1º-F da Lei 9.494/97. Declaração de Inconstitucionalidade Parcial por Arrastamento (ADIN 4.357/DF). [...] 12. O art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação conferida pela Lei 11.960/2009, que trouxe novo regramento para a atualização monetária e juros devidos pela Fazenda Pública, deve ser

> aplicado, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior a sua vigência. 13. "Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente" (REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 2.2.12). 14. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, ao examinar a ADIn 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto. 15. A Suprema Corte declarou inconstitucional a expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança" contida no § 12 do art. 100 da CF/88. Assim entendeu porque a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública. 16. Igualmente reconheceu a inconstitucionalidade da expressão "independentemente de sua natureza" quando os débitos fazendários ostentarem natureza tributária. Isso porque, quando credora a Fazenda de dívida de natureza tributária, incidem os juros pela taxa SELIC como compensação pela mora, devendo esse mesmo índice, por força do princípio da equidade, ser aplicado quando for ela devedora nas repetições de indébito tributário. 17. Como o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, praticamente reproduz a norma do § 12 do art. 100 da CF/88, o Supremo declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, desse dispositivo legal. 18. Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas. 19. O Relator da ADIn no Supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado. Todavia, há importante referência no voto vista do Min. Luiz Fux, quando Sua Excelência aponta para o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que ora se adota. 20. No caso concreto, como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária - o crédito reclamado tem origem na incorporação de quintos pelo exercício de função de confiança entre abril de 1998 e setembro de 2001 -, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período. 21. Recurso especial provido em parte. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008" (REsp 1270439/PR, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, j. em 26.06.2013, DJe 02.08.2013).

O STJ, no julgamento do Resp nº 1.492.221/PR, também, submetido ao regime de julgamento dos recursos repetitivos (art. 1.036 do CPC/2015), fixou as seguintes teses, quanto às condenações judiciais da Fazenda Pública referentes a pagamentos devidos a servidores públicos, caso concreto dos autos:

> As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos:

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

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

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

Logo, diante da novel sistemática de cálculo dos consectários legais da condenação, observaos a autoridade e o efeito vinculante dos mencionados precedentes dos Tribunais Superiores, conforme disposto no art. 927, do CPC, forçoso concluir que a correção monetária das dívidas fazendárias, excetuadas as decorrentes de relações jurídico-tributárias, deve observar índice que reflita a inflação acumulada do período, qual seja, o IPCA-E, merecendo reforma a r. sentença, neste aspecto.

Válido acrescentar, ainda, além do referido efeito vinculante, de acordo com o disposto no art. 322, do CPC, por constituírem acessórios do pedido inicial e integrarem a condenação, a alteração dos índices de correção monetária sequer implica em *reformatio in pejus*, consoante consolidada jurisprudência do STJ, em acórdãos assim ementados, *in verbis*:

> Processo Civil e Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Execução de sentença. Atualização monetária do saldo remanescente. Aplicação da tr. Inocorrência de reformatio in pejus. Matéria de ordem pública. Agravo interno dos servidores a que se nega provimento. 1. A alteração dos índices de correção monetária e juros de mora, por se tratar de consectários legais da condenação principal, possuem natureza de ordem pública, cognoscível de ofício, motivo pelo qual não prospera a alegação de ocorrência de reformatio in pejus. Precedentes: AgRg no AREsp. 288.026/MG, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 20.2.2014; EDcl no AgRg no AREsp. 52.739/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 5.12.2013; EDcl nos EDcl no Ag 1.074.207/RS, Rel. Min. Alderita Ramos De Oliveira, DJe 4.9.2013. 2. Agravo Interno dos Servidores a que se nega provimento", STJ (AgInt no REsp 1575087/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. em 25.10.2018, DJe 19.11.2018).
>
> Processual civil. Administrativo. Pretensão de reexame fático probatório. Incidência do enunciado nº. 5 e 7 DA Súmula do STJ. [...] IV - É pacífico nesta Corte Superior que a correção monetária e os juros legais, como consectários da condenação, são matéria de ordem pública, não se lhes aplicando os óbices do julgamento extra petita ou da reformatio in pejus. V - Deverão ser aplicados à espécie, conforme o referido julgado em recurso repetitivo, os índices de juros e correção monetária estebelecidos no item 3.1.1 - "c", da decisão supracitada. VI - Agravo interno improvido", STJ (AgInt no AREsp 1060719/MA, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, j. em 18.09.2018, DJe 21.09.2018).
>
> Processual Civil. Administrativo. Responsabilidade do estado. Violação do art. 535 não configurada. denunciação da lide. requisitos. nexo causal entre conduta e dano. *quantum* indenizatório. verificação. impossibilidade. óbice das Súmulas 5 e 7/STJ. Juros de mora e correção monetária. Matéria de ordem pública. Possibilidade de apreciação de ofício. *Reformatio in pejus*. Não ocorrência. [...] 6. A matéria relativa a juros e correção monetária é de ordem pública e cognoscível, portanto, de ofício em reexame necessário, razão por que se afasta a tese de reformatio in pejus nesses casos. 7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido", STJ (REsp 1652776/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 21.03.2017, DJe 24.04.2017).

Com essas considerações, no reexame necessário, reformo parcialmente a sentença, apenas para determinar a incidência de correção monetária segundo o IPCA-E, e nego provimento ao apelo voluntário.

Embora evidenciada a sucumbência recursal, deixo de majorar os honorários advocatícios, nos termos do § 11, do art. 85, porquanto não fixado o percentual pela r. sentença, o que deverá ser levado em conta quando do arbitramento na fase de liquidação.

Custas, *ex lege*.

DESA. ÁUREA BRASIL

Peço vênia ao i. Relator para divergir parcialmente de seu judicioso voto, pelas razões que passo a expor.

In casu, o magistrado de primeiro grau determinou a incidência de correção monetária, desde quando devidas as parcelas, segundo os índices oficiais de remuneração básica da poupança (TR) de 29.06.2009 até 25.03.2015 e, a partir dessa data, pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). Quanto aos juros de mora, determinou a incidência a partir da citação, com base nos índices previstos no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 (na redação dada pela Lei nº 11.960/09).

Tratando-se de condenação imposta à Fazenda Pública, deve ser observado o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com alteração da Lei nº 11.960/09, que dispõe:

> Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADINs 4357 e 4425, declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação da Lei nº 11.960/09, quando questionado acerca da constitucionalidade da EC 62/2009, instituidora do novo regime especial de pagamento de precatórios.

Nota-se, contudo, pela fundamentação lançada no voto condutor das ADINs, que a inconstitucionalidade alcançou os índices da caderneta de poupança utilizados apenas como fator de correção monetária do débito, haja vista não corresponderem à efetiva desvalorização da moeda.

Nesse passo, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.270.439/PR, em acórdão de relatoria do Min. Carlos Meira, abarcou a tese capitaneada pelo Tribunal Constitucional, para, sob a sistemática do art. 543-C do CPC, afastar prontamente a aplicação dos índices da caderneta de poupança para fins de correção do débito, sugerindo o IPCA como índice substitutivo.

E, em julgamento proferido no RE 870.947 em 20.09.2017, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, definiu as seguintes teses:

O artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios, segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, é constitucional, permanecendo hígido, nessa extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

O artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional, ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

Desse modo, restando rechaçados, pelos Tribunais Superiores, os índices da caderneta de poupança para fins de correção monetária dos indébitos da Fazenda Pública, não devem ser aplicados os índices do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Contudo, não obstante a decisão de origem tenha imposto a correção monetária com base na TR, em virtude da vedação à *reformatio in pejus*, e ausente pedido da parte interessada, descabe qualquer reforma na metodologia adotada.

Com tais considerações, renovando vênias, nego provimento ao apelo e no reexame necessário, confirmo a sentença.

Custas recursais, na forma da lei.

DES. MOACYR LOBATO

Peço vênia ao e. Relator para divergir parcialmente do seu judicioso voto quanto aos consectários legais que deverão incidir sobre o valor devido.

Nesse passo, infere-se que a sentença determinou que sobre o valor devido deverá incidir correção monetária desde o inadimplemento, segundo os índices oficiais de remuneração básica da poupança (TR) de 29.06.2009 até 25.03.2015 e, a partir dessa data, deve ser corrigido monetariamente pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E); e juros de mora, a partir da citação, calculados conforme o índice da caderneta de poupança, tendo o réu/apelante pugnado pela reforma da sentença nessa parte, para que fossem observados os preceitos contidos na Lei Federal nº 11.960/2009, em seu art. 5º.

O Relator reforma parcialmente a sentença para que a incidência da correção monetária seja segundo o IPCA-E.

Todavia, diante da ausência de insurgência recursal do autor/apelado quanto ao índice da correção monetária, entendo que deve ser mantida a sentença nesse ponto, pois o contrário resultaria em *reformatio in pejus*, o que é vedado.

Pelo exposto, renovando vênia, ouso divergir parcialmente do i. Relator e nego provimento ao recurso voluntário, confirmando, quanto ao mais, a sentença, na remessa necessária.

Custas recursais, pelo apelante, declarada a isenção legal. No que tange aos honorários advocatícios recursais, acompanho o e. Relator.

Súmula: NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, CONFIRMADA A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, VENCIDO, EM PARTE, O RELATOR.

Apelação Cível - Direito Administrativo - Ação De Indenização - Danos Morais E Materiais - Responsabilidade Civil - Acidente De Trânsito - Município De Nova Resende - Ato Ilícito Do Ente Municipal - Lombada Irregular E Ausência De Sinalização - Culpa Concorrente Da Vítima - Causa Pré- Existente.

- A responsabilidade civil do Ente Público, nos casos de condutas omissivas, é subjetiva, cumprindo ao lesionado demonstrar existência do descumprimento de um dever legal pelo poder público.

- Configurada a culpa concorrente entre a vítima e o Ente Municipal, patente a responsabilidade do Município pelo dano ocorrido, ainda que meramente parcial.

- A verba indenizatória não deve ser ínfima a ponto de se tornar inexpressiva e tão pouco excessiva, convertendo-se em fonte de locupletamento injustificado por parte do ofendido.

Ap Cível/Rem Necessária nº 1.0451.13.001537-8/001 - Comarca de Nova Resende - Remetente: Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Nova Resende - Apelante: Município de Nova Resende - Aptes Adesiv: Vilma Maria Amaral de Melo E Outros, Jair Olegário de Melo - Apelados: Município de Nova Resende, Jair Olegário de Melo, Vilma Maria Amaral de Melo. Relator: Desª. Alice Birchal.

Acórdão

Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em Remessa Necessária, reformar parcialmente a sentença. Prejudicados os recursos voluntários.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2020. - *Alice Birchal*. – Relatora.

Voto

DESA. ALICE BIRCHAL - Trata-se de Remessa Necessária e de Apelação Cível, interposta pelo Município de Nova Resende, bem como de Apelação Adesiva, interposta por Vilma Maria Amaral de Melo e Jair Olegário de Melo, contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Nova Resende que, nos autos da "Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais", julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para condenar o réu/apelante ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$30.000,00 (trinta mil reais), para cada um dos autores/apelantes adesivos, a ser corrigido monetariamente a partir da publicação da sentença, conforme o IPCA-E, acrescidos de juros de mora, desde a data do evento danoso (08.11.2011), calculados com base no índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97. Isentou o Apelante do pagamento das custas e despesas processuais, nos termos

do art. 10, inciso I, da Lei Estadual nº 14.939/2003, e condenou-o ao pagamento dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da condenação (f. 200/207v).

Inconformado, o Apelante apresentou razões recursais às f. 211/227, argumentando que a decisão saneadora de f. 173/177, que decidiu pelo desentranhamento da peça contestatória e seus respectivos documentos, sem aplicação dos efeitos da revelia, em razão de irregularidade da representação do causídico da Fazenda Pública, deve ser reformada. Afirma que o documento que consta a suspensão do advogado que firmou a Contestação não serve como certidão, conforme orientado no site da OAB/MG, bem como fora apresentado de forma omissa. Alega que a situação do advogado em 01.02.2012 é comprovadamente regular, e a peça de defesa fora protocolizada aos 25.11.2013, não devendo impor sanção onerosa à Fazenda Pública.

Assegura que houve culpa exclusiva da vítima, ante a imprudência do excesso de velocidade ou a imperícia na condução do veículo, não existindo outra explicação para o acidente automobilístico. Suscita que "o que fora relatado e constatado na datados fatos foi a perda do controle do veículo e não a perda dos freios em decorrência da lombada, o que confirma a existência de culpa exclusiva da vítima". Elenca que a autora/apelante adesiva cuidou de juntar somente os exames médicos comprovando suas lesões,

> mas não juntou qualquer documento referente à necropsia ou qualquer exame pericial realizado na falecida Sra. Jovita. Certamente tais documentos não foram juntados, porque comprovariam a gravidade das lesões, bem como a ausência de cintos de segurança.

Afiança quanto à ausência de prova pericial ou testemunhal para comprovar que o fluido de freio se rompeu com a colisão com a lombada. Esclarece que o acidente ocorreu no dia 08.11.2011, mas somente em 14.08.2013 o feito foi ajuizado, sem a devida realização de perícia no veículo, que fora reformado e vendido sem qualquer perícia. Corrobora que

> se por um lado não há no caderno processual perícia comprovando o nexo de causalidade entre o acidente e a lombada, havendo conclusões com base em conjecturas somente, por outro lado, tanto o perito quanto o delegado de polícia concluíram que não poderiam haver os referidos danos no veículo se a condutora não estivesse em alta velocidade.

Destaca que "se a parte autora confessa que já havia passado no local diversas vezes sem notificar o Poder Público da irregularidade da lombada, não há que se falar em omissão por parte deste". Argumenta que a responsabilidade do Poder Público deve ser afastada, pois não houve ato administrativo, tendo em vista a falta de provocação por parte da autora.

Ao final, requer o conhecimento e o provimento do recurso, a fim de reformar a decisão saneadora, ante a ausência de evidência plausível capaz de afastar a capacidade postulatória do procurador que firmou a Contestação. No mérito, pretende a reforma total da sentença, para julgar improcedentes os pedidos iniciais, diante da culpa exclusiva da vítima, da ausência de laudo pericial comprovando

o nexo causal entre o rompimento dos cabos de fluido de freio e a colisão com a lombada e a não aplicação da culpa objetiva, por se tratar de fato omissivo não regulamentado em lei.

Por sua vez, a apelante adesiva apresentou razões recursais às f. 228/236, afirmando pela necessidade de majorar o *quantum* indenizatório. Sustenta que o dano moral foi arbitrado em valor extraordinariamente baixo quando confrontada com o "reflexo danoso sofrido pela esposa e filhas do *de cujus*", que persistirá ao longo do tempo. Alega que a indenização pelos danos morais deve ser justa, capaz de proporcionar uma forma de compensação equivalente à dimensão da lesão, e não meramente simbólico. Cita diversas jurisprudências acerca do tema.

Ao final, requer o conhecimento e o provimento do recurso, a fim de reformar parcialmente a sentença, para majorar o valor indenizatório estabelecido pelo ilustre sentenciante.

Devidamente intimados, os apelados apresentaram Contrarrazões às f. 228/236 e f. 240/245.

Vieram-me os autos conclusos. É o Relatório.

Juízo de admissibilidade

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da Remessa Necessária e dos recursos de Apelação Cível e de Apelação Adesiva interpostos.

Remessa Necessária

A priori, antes de adentrar no mérito propriamente dito, hei por bem analisar o pedido do apelante principal em relação à reforma da decisão saneadora de f.173/177, que decidiu pelo desentranhamento da peça contestatória e de seus respectivos documentos, sem aplicação dos efeitos da revelia, em razão de irregularidade da representação do causídico da Fazenda Pública.

Cotejando o feito, apreendo que a decisão saneadora fora publicada aos 09.11.2016 (f. 178), ao passo que a irresignação do apelante apenas se deu aos 22.02.2019, quando da interposição da Apelação Cível (f. 211/227).

Ora, é cediço que a inobservância dos prazos para a interposição de recurso constitui a preclusão do direito de recorrer e, consequentemente, no não conhecimento do recurso. E, nos termos dos arts. 1.003, § 5º, e 1.015 do CPC, as decisões interlocutórias devem ser recorridas no prazo de 15 (quinze) dias, em regra.

Inegável, portanto, que resta precluso o direito de o apelante requerer a reforma da decisão saneadora, neste recurso voluntário.

Volvendo à matéria meritória, apreendo que a controvérsia cinge-se ao direito de os autores/apelantes adesivos, Vilma Maria Amaral de Melo e Jair Olegário de Melo, receber indenização por danos morais, decorrentes da responsabilização civil do réu/apelante principal, Município de Nova Resende. Os danos teriam causado prejuízos àqueles, pois o condutor do veículo perdeu o controle da direção e colidiu com uma coluna de concreto de um barracão na via pública, em virtude de

uma lombada de cimento irregular, sem sinalização vertical ou horizontal, que impactou o assoalho do automóvel e rompeu o cano do fluido de freio.

Nesse contexto, tenho que o dever de indenizar pauta-se na premissa de que a vítima sofreu real prejuízo em decorrência da conduta da Administração Pública, seja patrimonial ou extrapatrimonial, configurando-se a indenização como mecanismo de compensação e reparação da lesão sofrida.

Registro, a princípio, que a responsabilidade civil da Administração Pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, incorporou o princípio do risco administrativo, ao preceituar a responsabilidade objetiva do Estado e das concessionárias de serviços públicos, em relação aos atos praticados por seus agentes. Desse modo, é indiferente se o agente estatal agiu com dolo ou culpa, bastando demonstrar- se o nexo de causalidade entre a atuação estatal e o dano sofrido pelo administrado.

Contudo, ainda que o texto constitucional consagre a responsabilidade objetiva, na hipótese da conduta omissiva do Poder Público, vislumbra-se a possibilidade de sua responsabilização subjetiva, por omissão ou por má- prestação do serviço (*faute du service*), sob pena de transformar o Estado em uma espécie de segurador universal. Assim, impõe-se a demonstração de dolo ou culpa, além do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao Poder Público e o dano causado a terceiro.

A jurisprudência do colendo STJ firmou-se no sentido de que: "a responsabilidade civil do estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos" (STJ, AgRg no AREsp 501.507/RJ. Em igual sentido: REsp 1.230.155/PR ; AgRg no AREsp 501.507/RJ).

Igualmente, em julgamento do RE nº 179.147, o egrégio Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, firmou a distinção entre a responsabilidade civil do Estado, decorrente de ação de seus agentes (responsabilidade objetiva), e a responsabilidade civil do Estado, no caso de danos pela omissão da Administração (responsabilidade subjetiva).

Sendo objetiva a responsabilidade da Administração Pública, na modalidade do risco administrativo, conclui-se ser suficiente a prova do nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano dele advindo, sendo desnecessária a comprovação da culpa ou do dolo. Basta que a vítima comprove a existência de fato administrativo, a existência de dano e o nexo causal entre o fato administrativo e o referido dano.

Nessa seara, a única hipótese de eximir-se da responsabilidade dar-se-ia com a comprovação de que o dano adveio por culpa exclusiva ou concorrente do lesado ou que há outras excludentes do nexo causal, tais como o caso fortuito ou a força maior.

Pois bem. Compulsando os autos, vislumbro que realmente houve omissão (fato administrativo) do ente municipal quanto ao seu dever de regularizar e sinalizar a lombada instalada na via pública, a fim de evitar acidentes, conforme reconhecido pelo próprio Juízo *a quo* e confirmado pelas foto-

grafias que instruíram na peça inicial (f. 83/99) e pelos depoimentos das testemunhas (f. 184/185). É evidente que a lombada de concreto encontra-se na esquina (Rua José Eduardo Ferreira, Centro, cidade de Nova Resende), em meio ao local de conversão dos veículos, ocupando apenas parcialmente o logradouro, além de ser visivelmente desalinhada e imperfeita.

Nos termos do art. 80 do Código de Trânsito Brasileiro, 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 de segurança na circulação. O órgão ou entidade de trânsito com circunscrição sobre a via é responsável pela implantação da sinalização, respondendo pela sua falta, insuficiência ou incorreta colocação.

Ademais, a Resolução nº 600/2016, do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN, ao regulamentar as lombadas em via pública, define que estas são ondulações transversais que podem ser utilizadas onde se necessite reduzir a velocidade do veículo de forma imperativa, nos casos em que estudo técnico de engenharia de tráfego demonstre índice significativo ou risco potencial de acidentes.

E consta da Resolução de nº 39/1998 do sobredito órgão, *in verbis*:

> Art. 9º A colocação de ondulações transversais na via, só será admitida, se acompanhada a devida sinalização, constando, no mínimo, de:
>
> I - placa de Regulamentação "Velocidade Máxima Permitida", R-19, limitando a velocidade até um máximo de 20 km/h, quando se utilizar a ondulação TIPO I e até um máximo de 30 km/h, quando se utilizar a ondulação TIPO II, sempre antecedendo o obstáculo, devendo a redução de velocidade da via ser gradativa, seguindo os critérios estabelecidos pelo CONTRAN e restabelecendo a velocidade da via após a transposição do dispositivo;
>
> II - placas de Advertência "Saliência ou Lombada", A-18, instaladas, seguindo os critérios estabelecidos pelo CONTRAN, antes e junto ao dispositivo, devendo esta última ser complementada com seta de posição, conforme desenho constante do ANEXO III, da presente Resolução;
>
> III - no caso de ondulações transversais do TIPO II, implantadas em série, em rodovias, deverão ser instaladas placas de advertência com informação complementar, indicando início e término do segmento tratado com estes dispositivos, conforme exemplo de aplicação constante do ANEXO IV, da presente Resolução;
>
> IV - marcas oblíquas com largura mínima de 0,25 m pintadas na cor amarela, espaçadas de no máximo de 0,50 m, alternadamente, sobre o obstáculo admitindo-se, também, a pintura de toda a ondulação transversal na cor amarela, assim como a intercalada nas cores preta e amarela, principalmente no caso de pavimentos que necessitem de contraste mais definido, conforme desenho constante do ANEXO III, da presente Resolução.

Nesse ponto, tratando-se de via pública do Município de Nova Resende, patente a responsabilidade municipal pela ausência de regularização da lombada e de implantação da sinalização, deve responder pela sua falta, insuficiência ou incorreta colocação (art. 90, § 1º, do CTB).

Diverso não é o posicionamento deste egrégio Tribunal de Justiça acerca da responsabilidade pelos danos decorrentes da má sinalização das vias públicas. Veja-se:

> Apelação cível. Ação de indenização. Acidente com motociclista. Quebra-molas não sinalizado. Responsabilidade objetiva do município. Pressupostos. Configuração. Danos morais. Majoração. Graves sequelas. Incapacidade da vítima em razão do acidente. Danos estéticos. Ausência de prova. Danos materiais . Pensão mensal vitalícia - pedido condicionado ao indeferimento do auxílio doença. Benefício que está sendo pago ao autor. Impossibilidade de deferimento de provimento judicial condicional. Denegação. Correção de erros materiais da sentença. Honorários. Manutenção. Recursos parcialmente providos. 1 - Segundo o art. 37, § 6º, da Constituição da República, a Administração Pública e os prestadores de serviço público responderão objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. 2 - Demonstrado que o acidente automobilístico decorreu da ausência de sinalização do quebra-molas recém instalado na via pública municipal, patente o nexo causal, a impor a sua responsabilização civil. 3 - Acidente que trouxe sequelas graves ao requerente, sendo ainda duvidosa a capacidade de sua recuperação integral. A vítima, antes ativa, em plena atividade laboral, passou a apresentar déficit cognitivo e motor, dependendo integralmente de terceiros para realizar atividades básicas, como alimentação, higiene pessoal e vestuário; além de dificuldade de deambulação e perda da função do membro superior esquerdo. 4 - A indenização por dano moral deve se dar em montante proporcional à gravidade da lesão e ao abalo sofrido. Majoração. 5 - Não demonstrada deformidade permanente e irreversível decorrente do evento danoso, que prejudique a imagem do autor, descabida a indenização por danos estéticos. 6 - Requerimento de pensão vitalícia formulado de forma condicional, apenas se porventura vier a ser indeferido o benefício previdenciário atualmente pago pelo INSS. Hipótese futura e incerta. Impossibilidade de provimento judicial condicional. 7 - Exclusão de recibo cujo ressarcimento foi determinado no dispositivo em desacordo com a fundamentação. Correção de erro material. 8 - Manutenção dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) da condenação. 9 - Recursos parcialmente providos" (TJMG - Apelação Cível 1.0313.12.031519-4/002, Relatora: Desª. Áurea Brasil, 5ª Câmara Cível, j. em 03.12.0015, p. em 15.12.2015).

Contudo, entendo que a existência de sinalização precária não foi causa única do acidente, mormente pelo dever de, a todo momento, o condutor ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e com cuidados indispensáveis à segurança do trânsito (art. 28 do CTB). Como restará demonstrado a seguir, caso a Sra. Vilma Maria Amaral de Melo, motorista do veículo no momento dos fatos, tivesse observado a velocidade adequada para a via pública, poderia ter minimizado os danos provenientes do acidente.

A propósito, o relatório do Inquérito Policial nº 086/2011, realizado pela Delegacia de Polícia da Comarca de Nova Resende, descreve, *in verbis*:

> Não há dúvidas, porém, de que a investigada, contribuiu de maneira decisiva para o lamentável evento, que culminou com a morte de sua sogra. As próprias declarações da condutora revelam sua culpa, quando menciona que após a lombada o veículo perdeu o freio em decorrência de dano no cano do freio. Ora, para isso ocorrer, certamente a velocidade que imprimia naquela ocasião era acima daquela que podia ser exercida naquele local. Não precisa ser perito para sabermos das consequências de um forte

> impacto gerado após a passagem de veículo em alta velocidade por esse tipo de obstáculo. Ademais, se a velocidade fosse baixa, o impacto não seria forte o suficiente para provocar a morte e as lesões corporais, inclusive as que a própria condutora sofreu, com reflexos que permaneceram por considerável período (f. 124/126).

O Boletim de Ocorrência - REDS 2011-002049903-001, ao relatar o histórico da ocorrência, respalda a gravidade do acidente automobilístico, com consequências graves, e que certamente não seriam admissíveis se o veículo estivesse com velocidade adequada e as passageiras utilizando o cinto de segurança:

> [...]. Do acidente a mãe da condutora, que provavelmente estava no banco traseiro, sem o cinto de segurança, bateu com a cabeça no para-brisas, o que pode ter causado sua morte. A irmã da condutora Srª Vanilda e a filha da condutora, Adriene, sofreram ferimentos leves (f.48/51v).

Nesse mesmo sentido, consta no Laudo nº 0218/2013, realizado pela Seção Técnica Regional de Criminalística da 5ª Delegacia Regional de Polícia Civil de Guaxupé/MG, a conclusão de que

> o acidente em estudo foi motivado pela condutora do veículo GOL, que ao trafegar na via em questão, perdeu o controle direcional de seu veículo, adentrando à rua paralela à via que trafegada, chocando seu veículo contra o barracão já mencionado (f. 121/123).

Frente às premissas apresentadas, sabe-se que as concausas são circunstâncias que concorrem para o agravamento do dano, mas não têm a virtude de excluir o nexo causal desencadeado pela conduta principal, nem de, sozinhas, produzir o dano. Em outras palavras, mesmo que não sejam elas a causa determinante do acidente, isso não significa que elidem a responsabilidade civil de seu causador, vez que o dever de indenizar não exige que o ato do agente seja a única causa do dano.

A doutrina divide as concausas nas seguintes modalidades: a) concausas pré-existentes, as quais já existiam quando da conduta do agente, mas não eliminam sua responsabilidade - e nas quais o agente responde pelo resultado mais grave; b) concausas supervenientes ou concomitantes, que ocorrem depois do desencadeamento do nexo causal e contribuem para o agravamento do resultado, sendo passíveis, em alguns casos, de interromper o nexo causal; c) as concausas decorrentes de co-participação, solidariedade ou causalidade comum, que envolvem o concurso de agentes ou o concurso de condutas de duas ou mais pessoas, as quais, a despeito de serem solidárias, permitem o direito de regresso contra aquele que indenizou o dano; d) a causalidade alternativa, que se consubstancia num ato perpetrado por um participante de um grupo determinado, quando não se pode dizer qual é o verdadeiro autor do dano (nesta se enquadra, a título de exemplo, a responsabilidade civil por coisas lançadas de condomínios, cf. o art. 938 do CC/2002).

No presente caso, a vítima concorreu para o agravamento do dano, haja vista a condução negligente do veículo, em velocidade acima do permitido. Não obstante, a irregularidade da lombada e a falta de sinalização da via - que se anote, obrigação legal do Ente Municipal - constituem uma concausa pré-existente, que certamente fora causa determinante do resultado, entretanto, sem poder ser

ressaltada como fator único para o acidente. Por se tratar de uma concausa pré-existente, não é ela passível de afastar a responsabilidade da Administração Municipal.

Resta, portanto, inconteste a conclusão pela culpa concorrente da vítima, havendo corresponsabilidade das partes quanto aos danos sofridos pelos autores/apelantes adesivos.

Ultrapassada a análise da configuração do dever indenizatório, passa-se à apreciação de sua valoração, a qual, na ausência de dispositivo legal, fica ao prudente arbítrio do Julgador da causa, que deve evitar subestimar o sofrimento do lesado, bem como onerar excessivamente o agente.

A reparação do dano, além de amparo constitucional, encontra respaldo e previsão nos arts. 186, 927 e 944, todos do Código Civil, exigindo-se do Magistrado bom senso prático na fixação do *quantum*, em atenta observância ao caso concreto e em consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Segundo o entendimento já sedimentado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, "o valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir":

> Embargos de declaração. Recurso especial não acolhido. Alegada omissão e obscuridade. Reconhecimento. Efeito infringente ao julgado. Administrativo. Responsabilidade civil. Ato ilícito praticado por agente público. Dano moral. Pretendido aumento de valor de indenização. 1 - Visualizado que o recurso especial preenche os requisitos de admissibilidade, merecem ser acolhidos os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para que seja examinado o mérito da controvérsia. 2 - O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir. 3 - Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais. 4 - Aumento do valor da indenização para 300 salários mínimos. 5 - Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para conhecer e dar provimento ao recurso especial (STJ - Segunda Turma - Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 845.001/MG - Relatora: Ministra Eliana Calmon. j. em 08.09.2009).

Logo, a verba indenizatória não deve ser ínfima a ponto de se tornar inexpressiva, mas também não pode ser fixada de forma excessiva, e converter-se em fonte de locupletamento injustificado por parte do ofendido.

No caso específico dos autos, embora tenha considerado a concomitância de causas, bem como a concorrência da vítima para o incidente, entendo que, pela natureza dos danos sofridos e suas circunstâncias - aqui se soma o fato de haver sequela permanente decorrente do incidente -, o valor fixado em primeira instância deve ser mantido. Tal valor mostra-se adequado e proporcional ao dissabor suportado pelo acidentado e também serve como estímulo ao cumprimento de determinações legais pelo Município.

Consectários da condenação

Ressalto que, por se tratar de débito não tributário, sobre o valor da condenação incidem correção monetária e juros moratórios, aquela a partir do arbitramento da indenização, conforme expressa-

mente previsto no Enunciado de Súmula nº 362 do STJ, e estes desde citação que constitui o devedor em mora (art. 405, CC/02).

Na linha do entendimento do STJ, firmado no julgamento de recurso repetitivo (REsp n.º 1.270.439/PR, 1ª Seção/STJ, rel. Min. Castro Meira, DJe 02.08.2013), a correção monetária deve ser feita pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), medido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e adotado pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) como índice oficial de inflação no País (art. 9º da Lei nº 4.595/1964; art. 3º do Decreto nº 3.088/1999; Resolução CMN nº 2.615/1999). Os juros de mora incidirão segundo os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, que entrou em vigor em 30.06.2009), estes, a partir da citação.

Ônus sucumbenciais

Considerando o resultado do feito, entendo por bem que os honorários advocatícios e as custas sucumbenciais sejam devidas por ambas as partes na proporção de 50% (cinquenta por cento).

Mantém-se a isenção da Fazenda Municipal em relação às custas processuais, bem como determino a suspensão do pagamento das custas e dos honorários advocatícios aos autores/apelantes adesivos, pois litigam sob o pálio da assistência judiciária.

Conclusão

Com base nas razões apresentadas, em Remessa Necessária, reformo parcialmente a sentença, para reconhecer a culpa concorrente da vítima e restringir a indenização, por parte do Município, a 50% (cinquenta por cento) dos danos morais, arbitrados em R$30.000,00 (trinta mil reais) para cada um dos Autores, ou seja, deve a Administração Municipal pagar, a título de danos morais, o importe de R$15.000,00 (quinze mil reais) para cada um dos autores, na forma dos consectários da condenação da fundamentação. Prejudicados os recursos voluntários.

Condeno ambas as partes ao pagamento das custas e despesas processuais. Isento o Município do pagamento e suspensa a exigibilidade em relação aos autores, pois litigam sob o pálio da assistência judiciária.

Quanto aos honorários advocatícios, majoro-os para o importe de 15% (quinze por cento) do valor da condenação, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do CPC. Suspensa a exigibilidade do pagamento pelos autores, pois litigam sob o pálio da assistência judiciária.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Belizário de Lacerda e Peixoto Henriques.

Súmula - EM REMESSA NECESSÁRIA, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA. PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Apelação cível - Ação de cobrança - Contrato de prestação de serviço - Administração de imóvel - Exigência de duas modalidades de garantia na locação - Vedação legal - Alteração da data de vencimento - Autorização verbal do locador - Multa - Danos morais - Ausência - Pedido contraposto - Honorários advocatícios – Litigância de má-fé.

- É vedada a exigência de mais de uma garantia em contrato de locação.

- Comprovada a autorização verbal do locador quanto à data de vencimento do aluguel, é incabível a cobrança de multa da administradora do imóvel.

- Ausente a prática de ato ilícito por parte dos réus, não há como lhes imputar condenação ao pagamento de reparação por danos morais.

- O vencido no pedido contraposto deve responder pela condenação dos ônus sucumbenciais.

- A condenação por litigância de má-fé exige a configuração clara de alguma das hipóteses do art. 80 do CPC/2015, além do dolo processual.

Apelação Cível nº 1.0446.17.001824-1/001 - Comarca de Nepomuceno - 1º Apelante: Anderson D'Alessandro Zacaroni, Marçal Lourençoni Garcia, AMC Imóveis Ltda ME (microempresa) e Outros - 2º Apelante: Maria Eugênia Mendes Moscardini - Apelados: Anderson D'Alessandro Zacaroni, Marçal Lourençoni Garcia, AMC Imóveis Ltda ME (microempresa) e Outros, Maria Eugênia Mendes Moscardini. – 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 a ambos os recursos.

Belo Horizonte, 27 de novembro de 2020. - *José Américo Martins da Costa*. – Relator.

Voto

DES. JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA - AMC Imóveis Ltda, Marçal Lourençoni Garcia, Anderson D'Alessandro Zacaroni e Maria Eugênia Mendes Moscardini apelam da sentença (f. 189/192), integrada pela decisão dos aclaratórios (ff. 198/198-v) que, nos autos de ação de cobrança de danos materiais e morais, ajuizada pela segunda apelante, em face dos primeiros apelantes, julgou improcedente os pedidos iniciais, com a seguinte conclusão:

> [...]
>
> I) - Diante o exposto, julgo improcedentes os pedidos iniciais, com resolução do mérito, com base no art. 487, I, do CPC.
>
> Condeno a autora ao pagamento de honorários sucumbenciais em favor do procurador do réu, que fixo em 20% sobre o valor da causa atualizado nos termos do art. 85, § 4º, III do CPC, de acordo com a súmula 14 do STJ. Os fatores de atualização monetária serão baseados no ICGJ a partir do ajuizamento e com incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir do ajuizamento da ação.
>
> Porém, mantenho a decisão de fls. 49 que deferiu o pedido de tutela provisória até que se resolva os autos de nº 0446.17.001094-1.
>
> II) - Julgo extinto o pedido contraposto, sem resolução do mérito, conforme art. 485, VI do CPC.
>
> Condeno a requerida ao pagamento de honorários sucumbenciais em favor do procurador do réu, que fixo em 20% sobre o valor da causa atualizado nos termos do art. 85, § 4º, III do CPC, de acordo com a súmula 14 do STJ. Os fatores de atualização monetária serão baseados no ICGJ a partir do ajuizamento e com incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação.
>
> III)- O valor depositado judicialmente, referente à garantia dada pelo locatário em janeiro de 2016, deverá ser-lhe devolvido. Expeça-se alvará em favor do Sr. ELMO DE SOUZA ANDRADE, portador do CPF 739323.023-72, residente no endereço Rua José Augusto Moreira, nº 450, Bairro Salgado Filho, após o trânsito em julgado (f. 191v/192).
>
> [...]
>
> Diante do exposto, REJEITO OS EMBARGOS e mantenho a sentença hostilizada por seus próprios fundamentos.
>
> Entretanto, reconheço a existência de erro material na referida sentença e altero o dispositivo para que passe a constar, nos termos do art. 494, inciso I do CPC: CONDENO A REQUERIDA AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS EM FAVOR DO PROCURADOR DO AUTOR (f. 198/198v).

Os primeiros apelantes (AMC Imóveis Ltda, Marçal Lourençoni Garcia e Anderson D'Alessandro Zacaroni) alegam que todos os pedidos formulados pela apelada foram julgados improcedentes, razão pela qual deve arcar integralmente com os ônus sucumbenciais.

Consignam que, caso se entenda que a extinção do pedido contraposto implique em sucumbência recíproca, a condenação dos apelantes ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais deve ser proporcional.

Por fim, pleiteiam a condenação da apelada em litigância de má-fé, sob fundamento de que a conduta da apelada está descrita no art. 80 do Código de Processo Civil.

Pedem o provimento do recurso para

> [...] reformar a sentença recorrida a fim de se excluir o trecho passível de interpretação errônea que condenou os apelantes ao pagamento de honorários de sucumbência. Devendo os mesmos serem isentados de pagamento de qualquer quantia (f. 205).

Alegam que

> [...] caso seja diverso o entendimento de Vossas Excelências, deve ser reformada a sentença no que diz respeito ao mesmo trecho, com a modificação do percentual de condenação ao pagamento de honorários aos patronos da apelada pelos apelantes, devendo os mesmos serem proporcionais a sucumbência destes últimos, em quantia não superior a 5% (cinco) por cento do valor da causa (ff. 205/206).

Preparo regular à f. 207.

A segunda apelante (Maria Eugênia Mendes Moscardini) aduz que o adiantamento do primeiro mês de aluguel, que o MM. Juiz *a quo* entendeu tratar-se de caução, deve lhe ser entregue nos termos do art. 39 da Lei nº 8.245/91 e somente no encerramento do contrato que poderá ser devolvido ao inquilino.

Assevera ser aplicável a multa de 10% (dez por cento) sobre os valores dos aluguéis recebidos com atraso pelos apelados, em razão da falta de anuência da apelante com a alteração da data de pagamento do aluguel.

Por fim, defende a ocorrência de danos morais decorrentes da inclusão indevida do nome da apelante nos órgãos de proteção ao crédito, sob o argumento de que apesar dos apelados não terem requerido expressamente a negativação, deram tacitamente causa ao ajuizarem ação de execução que tramita no Juizado Especial nº 0446.17.001094-1.

Pede o provimento do recurso para reformar a sentença e

> [...] condenar os apelados aos valores da multa devidas em razão do pagamento dos aluguéis em atraso, acrescido de correção legal, mais as despesas apresentadas na inicial e por danos morais em valor não inferior a 10 salários mínimos, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, mais correção monetária, desde o respectivo evento danoso, em face da propositura da ação executiva indevida a fim de receber a comissão de corretagem de um contrato regularmente interrompido, bem como autorizá-la a levantar o depósito existente nos autos seja correspondente ao aluguel pago antecipadamente, seja a título de caução vez que o locatário ainda permanece no imóvel e também, condenando-os às custas processuais, honorários advocatícios e demais cabíveis à espécie, com medida da mais elevada JUSTIÇA (f. 214).

Preparo regular à f. 215.

Maria Eugênia Mendes Moscardini, em contrarrazões à primeira apelação, pede o desprovimento do recurso de apelação e a condenação dos apelantes em litigância de má-fé.

AMC Imóveis Ltda, Marçal Lourençoni Garcia e Anderson D'Alessandro Zacaroni, em contrarrazões à segunda apelação, pedem a manutenção da sentença e a condenação da autora ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

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 sentença foi publicada sob a sua vigência, com respaldo no enunciado 54 do Fórum de Debates e Enunciados sobre o NCPC deste E. TJMG: "A legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial, assim considerada sua publicação em cartório, secretaria ou inserção nos autos eletrônicos".

O colendo Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico sobre o tema:

> Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Código de Processo Civil de 1973. Aplicabilidade. Trânsito em julgado parcial. Inexistência. Execução provisória do julgado. Multa. Art. 475-J do Código de Processo Civil. Inaplicabilidade. I- Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973 [...] (AgRg no REsp 1258054/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. em 23.06.2016, DJe 30.06.2016).

Considerando-se que se fazem presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conhecem-se dos recursos e analiso-os conjuntamente.

Mérito

A segunda apelante, Maria Eugênia Mendes Moscardini, alega que o aluguel recebido pelos apelados a título de caução e não repassado pelos apelados deve-lhe ser entregue e não ao inquilino, pois o contrato de locação ainda não se encerrou.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a apelante, quando da celebração do contrato de locação, estabeleceu como garantia a fiança e o pagamento adiantado de um mês de aluguel, o que configura caução. Nos termos do art. 37, parágrafo único, da Lei nº 8.245/91, é vedada a exigência de mais de uma modalidade de garantia, *in verbis*:

> Artigo 37 - No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:
>
> I - caução;
>
> II - fiança;
>
> III - seguro de fiança locatícia;
>
> IV - cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento.
>
> Parágrafo único - É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação.

Assim sendo, a exigência de mais de uma modalidade de garantia em contrato de locação é expressamente vedada, devendo o pagamento realizado pelo inquilino ser-lhe devolvido.

Sobre o tema já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

> Apelação Cível. Ação de despejo. Contrato de locação. Cumulação de garantia. Fiança e caução. Nulidade. Artigo 37, parágrafo único, da lei do inquilinato. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação (Apelação Cível 1.0145.12.033213-8/001, Relator: Des. Newton Teixeira Carvalho, 13ª Câmara Cível, j. em 27.03.2014, p. em 04.04.2014).

Portanto, impõe-se a manutenção da sentença nesse capítulo.

Da multa contratual

A segunda apelante consigna que são devidos os valores da multa de 10% (dez por cento), em razão do pagamento dos aluguéis realizados após o dia 1º (primeiro) de cada mês.

A cláusula primeira do contrato de locação dispõe o seguinte: "O aluguel mensal avençado corresponde a R$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), que serão resgatáveis (pago) impreterivelmente até o dia 01 (primeiro) de cada mês".

A análise do contexto fático-probatório autoriza concluir que o contrato previa o dia 1º de cada mês para pagamento do aluguel, mas, na prática, os pagamentos eram realizados até o dia 05 (cinco) de cada mês, conforme se infere dos recibos de f. 19/23.

Saliente-se que a ata notarial confirma a autorização verbal da autora para pagamento do aluguel até o dia 05 (cinco) de cada mês, devendo ser ressaltado ainda que esta nunca questionou os pagamentos extemporâneos, podendo-se concluir que aceitou a alteração da data de vencimento (f. 75).

Logo, não há que se falar em aplicação da multa de 10% (dez por cento) por atraso nos pagamentos dos aluguéis.

Dos danos morais

A segunda apelante defende a ocorrência de danos morais, decorrentes da inclusão indevida do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, sob o argumento de que apesar dos apelados não terem requerido expressamente a negativação, deram tacitamente causa ao ajuizarem ação de execução que tramita no Juizado Especial nº 0446.17.001094-1.

Os danos morais são aqueles caracterizados na esfera subjetiva da pessoa, cujo evento apontado como violador atinge o plano do valor desta em sociedade, repercutindo em aspectos referentes tanto à reputação perante os demais membros sociais, quanto no tocante à mera dor intimamente sofrida.

Conforme Maria Celina Bodin de Moraes:

> O dano moral pode ser conceituado como aquele que, independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos. Isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais entre outros.

> O dano ainda é considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, origina angústia, dor, sofrimento, tristeza, humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas (MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. R. de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 157).

No caso, ficou apurado, na ação de execução, que tramita no Juizado Especial nº 0446.17.001094-1, que a inscrição do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito ocorreu por erro da secretaria e não através de requerimento dos apelados, o que afasta a prática de ato ilícito.

Saliente-se também que o ajuizamento de ação não caracteriza o denominado "dano moral puro", por estar consagrado no art. 5º, XXXIV o direito de acesso à justiça.

Logo, confirma-se a sentença na parte que julgou improcedente o pedido de reparação por danos morais.

Da condenação ao pagamento de honorários advocatícios

Os primeiros apelantes defendem o afastamento da condenação nos ônus sucumbenciais, sob o argumento de que todos os pedidos iniciais formulados pela apelada foram julgados improcedentes.

Vê-se que o pedido principal foi julgado improcedente e o pedido contraposto não foi conhecido. Assim, ambas as partes ficaram vencedoras e vencidas, e devem, portanto, arcar com as verbas sucumbenciais na mesma proporção.

A propósito, confira-se os seguintes julgados do TJMG:

> Apelação Cível. Ação de cobrança. Preliminar de preclusão suscitada em contrarrazões. Rejeição. Improcedência dos pedidos inicial e contraposto. Ônus sucumbenciais distribuídos entre as partes. Honorários advocatícios. Critérios de fixação. Redução. Impossibilidade. - O cabimento do recurso de apelação não está condicionado à prévia oposição dos embargos declaratórios, mas, sim, ao inconformismo da parte vencida. Se tanto o pedido inicial, quanto o contraposto foram julgados improcedentes, ambas as partes ficaram vencedoras e vencidas, e devem, portanto, arcar com as verbas sucumbenciais. Consoante preconizado no art. 20, § 4º, do CPC/73, nas causas em que não houver condenação em valores, a verba honorária de sucumbência deve ser fixada pelo juiz, de forma equitativa e com observância dos critérios estabelecidos nas alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do citado dispositivo legal (TJMG - Apelação Cível 1.0188.11.007226-4/001, Relator: Des. José de Carvalho Barbosa, 13ª Câmara Cível, j. em 30.06.2016, p. em 08.07.2016).
>
> Indenização. Acidente de trânsito. Via preferencial e parada obrigatória. Dinâmica do acidente. Culpa. Ausência de provas. Improcedência. Pedido contraposto. Ônus sucumbenciais. Cabimento. - A procedência do pedido de indenização por danos materiais, decorrente de acidente de trânsito, pressupõe comprovação da culpa de um dos condutores dos veículos envolvidos. Inexistentes nos autos qualquer elemento de prova que demonstre a dinâmica do acidente, inclusive Boletim de Ocorrência, não há como imputar a qualquer das partes a inobservância à placa de parada obrigatória e a consequente culpa pelo acidente. Indenização indevida. Há condenação de verbas sucumbenciais em pedido contraposto. Se julgados improcedentes o pedido inicial e o pedido contraposto, ambas as partes ficaram vencedoras e vencidas, e devem, portanto, arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, na mesma pro-

> porção (TJMG - Apelação Cível 1.0518.09.164553-2/001, Relator: Des. Tiago Pinto, 15ª Câmara Cível, j. em 27.10.2011, p. em 08.11.2011).

Nos termos do art. 85, § 2º do CPC,

> Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, 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.

Logo, a fixação dos honorários advocatícios no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa na mesma proporção para ambas as partes atende os parâmetros do artigo supracitado.

Da litigância de má-fé

Os primeiros apelantes pleiteiam a condenação da apelada em litigância de má-fé, sob fundamento de que a conduta da apelada está descrita no art. 80 do Código de Processo Civil.

De outro lado, Maria Eugênia Mendes Moscardini, em contrarrazões à primeira apelação, pede a condenação dos apelados em litigância de má-fé.

Por fim, no tocante à multa por litigância de má-fé, cuja aplicação foi requerida em contrarrazões, razão não assiste ao apelado.

A aplicação da multa por litigância de má-fé somente deve ocorrer quando restar comprovado nos autos um comportamento da parte que, objetivando dificultar o andamento do feito, se enquadre em uma das hipóteses previstas no art. 80 do Código de Processo Civil de 2015, *in verbis*:

> Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:
>
> I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
>
> II - alterar a verdade dos fatos;
>
> III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
>
> IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
>
> V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado;
>
> VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Contudo, para que a parte seja considerada litigante de má-fé, é necessária a comprovação do dolo processual, o que não há no caso em apreço. Conforme já decidido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, "a simples interposição de recurso não caracteriza litigância de má-fé, salvo se ficar comprovada a intenção da parte de obstruir o trâmite regular do processo (dolo), a configurar

uma conduta desleal por abuso de direito" (Aglnt no AREsp 1.427.716. Rel. Min. Marcos Buzzi. j. em 29.04.2019).

Nesse mesmo sentido, é a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça, representada pela ementa abaixo transcrita:

> Agravo de instrumento. Assistência judiciária gratuita. Pessoa fisíca. Necessidade de comprovação da hipossuficiência. Litigância de má-fé. Inocorrência. Recurso não provido. [...] - Conforme entendimento do Col. Superior Tribunal de Justiça, a litigância de má-fé pressupõe o dolo da parte no entravamento da tramitação processual, com inobservância do dever de proceder com lealdade, por meio de conduta intencionalmente maliciosa e temerária. [...] (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0569.06.006287-8/001, Relator: Des. Alexandre Santiago, 11ª Câmara Cível, j. em 13.12.2017, p. em 18.12.2017).

Analisando-se detidamente os autos, verifica-se não haver prova de que as partes tenham agido com dolo de tumultuar o andamento processual, razão pela qual não se justifica a aplicação da penalidade por litigância de má-fé. Ademais, há que se considerar que a simples alegação de tese defensiva, ainda que sem razão, consubstancia exercício regular do direito de defesa.

Dessa maneira, não há como acolher o pedido formulado por ambas as partes de aplicação da multa por litigância de má-fé.

Dispositivo

Posto isso, com fulcro no art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nega-se provimento a ambos os recursos.

Condenam-se ambos os apelantes ao pagamento das custas recursais e deixa-se de majorar os honorários advocatícios, pois foram arbitrados no Juízo *a quo*, no percentual máximo previsto no art. 85 do Código de Processo Civil.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Octávio de Almeida Neves e Maurílio Gabriel.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

Apelações cíveis - ITCMD - Renúncia - Dúvida acerca de sua natureza - Translativa ou abdicativa - Renúncia em favor do monte - Ausência de provas sobre herdeiros de outras classes - Presunção de boa-fé das partes - Irregularidade da cobrança - Restituição em dobro - Não cabimento - Peculiaridade do caso - Zona cinzenta - Majoração da indenização por dano moral.

- A renúncia é o ato pelo qual o herdeiro rejeita esta qualidade, recusando a herança que lhe cabia, podendo ser essa renúncia de duas espécies: abdicativa (propriamente dita) ou translativa (cessão ou desistência).

- Se a renúncia é feita pelos filhos e por seus cônjuges em favor do monte, sendo o ato devidamente homologado pelo juízo a hipótese é de renúncia abdicativa.

- A mera indicação de filhos dos renunciantes não tem o condão de fazer incidir a regra do art. 1811 do Código Civil, devendo ser presumida a boa-fé das partes na ausência de prova robusta dos herdeiros da classe seguinte.

- Constatando-se que a situação gera dúvida legítima acerca da incidência do imposto, a Fazenda Pública não pode ser condenada a repetição em dobro do indébito, vez que não há má-fé em sua conduta.

- Tendo em vista a inscrição do nome da contribuinte em dívida ativa, a interposição de execução fiscal contra ela, por imposto reconhecido indevido, é legítima a condenação do ente público em danos morais.

- O valor da indenização, contudo, deve observar a peculiaridade do caso, pois se trata de situação que se encontra em zona cinzenta do direito.

- Primeiro apelo parcialmente provido e segundo recurso não provido.

Apelação Cível nº 1.0440.17.001846-7/001 - Comarca de Mutum - Apelantes: Ana Maria Pereira, Estado de Minas Gerais - Apelado: Ana Maria Pereira, Estado de Minas Gerais. Relator: JUIZ DE DIREITO CONVOCADO FÁBIO TORRES DE SOUSA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 15 de setembro de 2020. - *Fábio Torres de Sousa* - Relator.

Voto

JUIZ DE DIREITO CONVOCADO FÁBIO TORRES DE SOUSA - Trata-se de apelações cíveis, interpostas por Ana Maria Pereira e pelo Estado de Minas Gerais, em face da sentença de f. 126/131, proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Mutum, nos autos da ação ordinária proposta pela 1ª apelante em face do 2º recorrente, que julgou procedentes os pedidos formulados, declarando indevida a quantia paga a título de ITCMD, condenando o réu à restituição do valor pago a título de ITCMD no valor de R$5.447,67 (cinco mil, quatrocentos e quarenta e sete reais e sessenta e sete centavos) devidamente atualizado, bem como à reparação moral na importância de R$3.000,00 (trez mil reais), definindo a forma de correção deste valor. Condenou a parte demandada ao pagamento dos honorários advocatícios em favor do patrono da parte adversa, arbitrados em 15% (quinze porcento) sobre o valor da condenação.

Em suas razões recursais de f. 133/143, Ana Maria Pereira almeja a restituição em dobro do valor cobrado indevidamente pelo Fisco. Requer, também, a majoração do valor arbitrado a título de indenização por danos morais, fixando-o em R$20.000,00 (vinte mil reais).

Por sua vez, o Estado de Minas Gerais, às f. 149/157, sustenta a legalidade da cobrança perpetrada, ressalta que, apesar dos argumentos da parte autora, configurou-se uma doação, incidindo o ITCD. Noutro giro, aduz a inexistência de dano apto a ensejar qualquer reparação e aponta a ausência de prática de ato ilícito.

As partes apresentaram contrarrazões às f. 145/148 e 159/163. É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Cinge-se a controvérsia, inicialmente, em definir se a renúncia questionada nos autos configura hipótese translativa ou abdicativa. Após esta definição será possível concluir pela regularidade ou irregularidade da cobrança do ITCD realizada pelo Estado de Minas Gerais em face de Ana Maria Pereira.

Nos termos do art. 155, inc. I, da CR/88, compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos.

No âmbito de Minas Gerais, o ITCD está previsto na Lei nº 14.941/03 e o art. 1º desta Lei determina as hipóteses de incidência:

> Art. 1º - O Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD - incide:
>
> I - na transmissão da propriedade de bem ou direito, por ocorrência do óbito;
>
> II - no ato em que ocorrer a transmissão de propriedade de bem ou direito, por meio de fideicomisso;
>
> III - na doação a qualquer título, ainda que em adiantamento da legítima;
>
> IV - na partilha de bens da sociedade conjugal e da união estável, sobre o montante que exceder à meação;

> V - na desistência de herança ou legado com determinação do beneficiário; VI - na instituição de usufruto não oneroso;
>
> VII - no recebimento de quantia depositada em conta bancária de poupança ou em conta corrente em nome do de cujus.

Acerca do imposto cobrado, constou da intimação enviada à autora, ora primeira apelante:

Após análise da declaração de bens e direitos referentes ao óbito de José Rodrigues Pereira, autuada sob o nº 16.000405307-24, informamos a constatação de que a renúncia de herança realizada pelas herdeiras em favor da meeira, acima identificada, configura uma doação, ou seja, outro fato gerador do ITCD. [...] (f. 79)

Conceituando renúncia, ensina Carlos Roberto Gonçalves:

> A renúncia da herança é negócio jurídico unilateral, pelo qual o herdeiro manifesta a intenção de se demitir dessa qualidade. [...] O herdeiro não é, com efeito, obrigado a receber a herança (*il n'est héritier qui ne veut*). A recusa denomina-se renúncia ou repúdio (Gonçalves, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro, volume 7: direito das sucessões. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 101).

No mesmo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que ensinam:

> Tecnicamente, a renúncia da herança consiste na prática de um ato jurídico abdicativo do direito hereditário conferido, com efeitos retroativos, que excluem o sujeito da cadeia sucessória como se herdeiro nunca houvesse sido. Em outras palavras, ao renunciar a uma herança, o sucessor é banido do panorama sucessório, por manifestação de sua própria vontade - razão por que também aqui é sentindo o princípio da autonomia privada - fazendo com que o bem a si transferido retorne ao monte-mor (partilhável) (Gagliano, Pablo Stolze. Manual de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2017,p. 1455).

A renúncia, portanto, é ato pelo qual o herdeiro rejeita esta qualidade, recusando a herança que lhe cabia, podendo ser essa renúncia de duas espécies: abdicativa (propriamente dita) ou translativa (cessão ou desistência).

Discorrendo sobre cada espécie, leciona Gonçalves:

> Dá-se a primeira quando o herdeiro a manifesta sem ter praticado qualquer ato que exprima aceitação, logo ao se iniciar o inventário ou mesmo antes, e mais: quando é pura e simples, isto é, em benefício do monte, sem indicação de qualquer favorecido. [...] O herdeiro que renuncia em favor de determinada pessoa, citada nominalmente, está praticando dupla ação: aceitando tacitamente a herança e, em seguida, doando-a. Alguns entendem que, neste último caso, não há renúncia ou repúdio, mas sim cessão ou desistência da herança. Outros, no entanto, preferem denominar o ato de renúncia translativa, que pode ocorrer, também, mesmo quando pura e simples, se manifestada depois da prática de atos que importem aceitação, como habilitação no inventário, manifestação sobre a avaliação, sobre as primeiras e últimas declarações etc. (Gonçalves, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro, volume 7: direito das sucessões. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104/105)

O Código Civil prevê que, havendo a renúncia, a transmissão tem-se por não verificada e exige forma específica para a formalização da abdicação. Eis o teor dos arts. 1804 e 1806:

> Art. 1.804. Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão.
>
> Parágrafo único. A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança.
>
> [...]
>
> Art. 1.806. A renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial.

No caso em apreço, a parte autora sustenta que as renúncias realizadas foram abdicativas, enquanto o Estado de Minas Gerais aduz que foram translativas, o que enseja o pagamento do ITBI.

Para se alcançar a devida adequação, essencial se faz a análise dos fatos.

José Rodrigues Pereira faleceu em 05.08.2003, deixando dois bens imóveis a serem partilhados entre o cônjuge sobrevivente (meeira) e três herdeiras necessárias (filhas).

O documento de f. 18/22 revela que as filhas, Vânia Maria Pereira Calil, Iony Rodrigues Pereira Lopes e Eliana Rodrigues Pereira Martins, bem como seus cônjuges, renunciaram aos bens em favor do monte, sendo o ato devidamente homologado pelo juízo (f. 74).

Observa-se, portanto, que a renúncia foi feita em caráter geral, sem beneficiar qualquer pessoa específica e retornando o bem ao monte-mor, configurando-se, pois, a renúncia adbicativa.

No que concerne a existência de netos, apesar deste fato ter sido ventilado, não foi devidamente comprovado pelo Estado de Minas Gerais.

Não se desconhece o teor do art. 1811 do Código Civil, que prevê:

> Art. 1.811. Ninguém pode suceder, representando herdeiro renunciante. Se, porém, ele for o único legítimo da sua classe, ou se todos os outros da mesma classe renunciarem a herança, poderão os filhos vir à sucessão, por direito próprio, e por cabeça.

Todavia, na ausência de certidão de nascimento comprovando a existência de netos, deve ser presumida a boa-fé das partes e considerada válida a renúncia abdicativa realizada. Ademais, caso existentes descendentes e estes sintam-se lesados, eles poderão se valer do meio próprio para desconstituir o ato, não podendo a Fazenda Pública atuar para uma suposta garantia de seus direitos. A propósito, merece destaque trecho do voto proferido pelo Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan, na Apelação Cível nº 0396378-48.2009.8.26.0577, julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

> Nesse panorama, não se verifica a necessidade de investigação da existência de outros descendentes do autor da herança além dos filhos renunciantes, já que se deve presumir a boa-fé das partes, e não o contrário. Além disso, não se pode olvidar que eventual descendente preterido poderá vir a requerer a

> tutela de seus direitos por meio da anulação da partilha que lhe tenha causado lesão patrimonial, o que corrobora a desnecessidade da perquirição pleiteada.

A ementa deste julgado restou redigida nos seguintes termos:

> Inventário. Renúncia à herança pelos 2 (dois) filhos do de cujus. Adjudicação à viúva-meeira da integralidade dos bens. Sentença homologatória da partilha apresentada. Apelação da Fazenda do Estado Pretensão envolvendo o recolhimento do imposto sobre transmissão inter vivos. Renúncia que não se caracteriza como translativa (em favor de pessoa certa e determinada), mas abdicativa (feita indistintamente aos demais herdeiros da linha sucessória). Doação não caracterizada. Imposto sobre doação indevido. Sentença mantida. Apelação desprovida. (Apelação Cível nº 0396378-48.2009.8.26.0577, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Carlos Henrique Miguel Trevisan, j. em 13.12.2012, p. da súmula em 17.12.2012).

Logo, correta a sentença em ter constatado a ocorrência da renúncia abdicativa, não sendo, pois, cabível a cobrança de ITCD.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal de Justiça:

> Agravo de instrumento. Ação de inventário. Herdeiros renunciaram em favor do monte. Não incidência do ITCD. Renúncia abdicativa. Recurso a que se dá provimento. A renúncia abdicativa se apresenta quando o declarante se manifesta de maneira simples no sentido de não aceitar a herança ou do legado, que será devolvido ao monte hereditário para posterior a partilha entre os herdeiros restantes. É cediço que se herdeiro renuncia à herança pura e simplesmente, não o fazendo em proveito individualizado de outrem e sem praticar qualquer ato incompatível com a renúncia, não há a caracterização de cessão de direitos hereditários. Desse modo, a renúncia em casos tais que se dá em favor do monte e retroage à data do óbito, afastando o fato gerador do imposto "inter vivos", incidindo somente o tributo causa mortis (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0388.16.001904-7/001, Rel; Des. Belizário de Lacerda, 7ª Câmara Cível, j. em 1710.2017, p. da súmula em 20.10.2017).

Noutro giro, não há que se falar em pagamento em dobro em face do tributo exigido erroneamente pela Fazenda Pública, vez que não se percebe a má-fé da Administração Pública. Ao contrário, o tema se encontra na zona cinzenta do direito, sendo totalmente cabível a dúvida em relação a renúncia realizada, especialmente ante a possibilidade da existência de netos.

O STJ já se posicionou acerca da necessidade de comprovação da má-fé para condenação da Fazenda Pública acerca da restituição em dobro do tributo indevidamente cobrado, conforme se depreende do seguinte julgado:

> Tributário e processual civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Execução fiscal. Repetição em dobro do indébito tributário. Dano moral. Acórdão recorrido que, à luz da prova dos autos, concluiu pela ausência de má-fé do estado e pela inocorrência de dano moral. Reexame de matéria fática. Impossibilidade. Súmula nº 7/STJ. Agravo interno improvido. 1. Agravo interno aviado contra decisão monocrática que julgou recurso interposto contra a decisão que inadmitira o Recurso Especial, publicada na vigência do CPC/73. 2. Trata-se, na origem, de Ação Ordinária, ajuizada pelo ora agravante contra

> o Estado do Rio Grande do Sul, pretendendo a restituição, em dobro, de valores indevidamente executados, bem como indenização por danos morais, em razão da citada cobrança. 3. O Tribunal de origem concluiu, à luz das provas dos autos, que "descabe o pedido de restituição em dobro, pois não houve a comprovação da má-fé do réu, ônus exclusivo do autor" e, ainda, ser descabida a condenação em indenização por dano moral, "pois não comprovada qualquer ofensa moral a ensejar a reparação pelo suposto dano causado". 4. Considerando a fundamentação adotada, o acórdão recorrido somente poderia ser modificado mediante o reexame dos aspectos concretos da causa, o que é obstado, no âmbito do Recurso Especial, pela Súmula n° 7 desta Corte. 5. Agravo interno improvido (AgInt no AREsp 698.414/RS, Rel.ª Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, j. em 10.10.2017, *DJe* de 23.10.2017).

Por fim, no que tange ao dano moral, não há dúvidas de sua ocorrência, vez que como visto, o tributo cobrado não era devido. Observa-se que, diante de cobrança errônea perpetrada pelo Estado de Minas Gerais, a parte autora teve seu nome inscrito em dívida ativa, bem como sofreu execução fiscal para o adimplemento de débito não existente.

Esta Turma Julgadora já teve a oportunidade de se debruçar sobre o tema e constatar o abalo moral do contribuinte cobrado indevidamente por meio de uma execução fiscal. Todavia, deve ser considerada a peculiaridade do caso em apreço em que a dúvida do Estado acerca do cabimento do tributo era legítima não podendo a indenização ser pautada nos moldes em que há uma cobrança explicitamente indevida.

Nesse contexto, ante a ilegalidade da inscrição e da cobrança realizada, mas tendo como parâmetro a possibilidade de dúvida do ente público no caso concreto, constato que o valor da indenização deve ser majorado para atender aos critérios já definidos por esta Câmara, mas não podendo ser o valor alto em face da peculiaridade do caso concreto.

Diante dessas ponderações, tenho por bem arbitrar o valor de indenização do dano moral em R$5.000,00 (cinco mil reais).

Com essas considerações, nego provimento ao segundo recurso e dou parcial provimento ao primeiro apelo, apenas para majorar a indenização por dano moral, arbitrando-a em R$5.000,00 (cinco mil reais), mantendo, no mais, a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC majoro os honorários advocatícios em 1% (um porcento) do valor da causa, que deverão ser suportados pelo segundo recorrente.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Teresa Cristina da Cunha Peixoto e Alexandre Santiago.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO.

Agravo de Instrumento - Ação civil pública por improbidade administrativa - Bloqueio de Bens - Perda do objeto - Inocorrência - Art 7º da Lei nº. 8.429/92 - Desnecessidade de indícios de dilapidação do patrimônio - Entendimento consolidado do col. STJ - contratação direta de empresa para realização de shows - Inexigibilidade de licitação - Bloqueio de bens do ex-prefeito municipal ordenador da despesa - Acusação de licitação direcionada em benefício de particulares - Indícios de conduta ímproba violadora dos princípios da administração pública - Absolvição em processo crime, com base no art. 386, III, do CPP - Ausência de demonstração de que o fato constituiu crime - Inocorrência de negativa da existência do fato ou autoria - Independência das esferas criminal e administrativa - Indícios de desvio de finalidade de pessoa jurídica e confusão patrimonial - Desconsideração inversa da personalidade jurídica - Artigo 50, do Código Civil - Bloqueio e indisponibilidade devidos - Incidência sobre o valor do suposto dano - Recurso parcialmente provido.

- A medida executiva tomada em primeiro grau, que visa adequar a ordem de bloqueio, à limitação determinada em decisão liminar de agravo de instrumento, não esvazia o objeto do recurso, mormente quando o réu\agravante pretende o descabimento total da medida constritiva, ao fundamento de ausência de indícios de improbidade.

- O art. 7º da Lei nº 8.429/92 prevê a possibilidade de determinação da indisponibilidade de bens do agente processado por ato de improbidade ressarcimento dos danos causados aos cofres públicos.

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido da desnecessidade de prova de *periculum in mora* concreto, ou seja, de que o réu estaria dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, sendo necessário, no entanto, a presença de elementos que demonstrem, ainda que de forma indiciária, a prática do ato ímprobo.

- As esferas criminais e administrativas são independentes entre si, somente havendo exclusão da responsabilidade por ilícito administrativo, do qual a improbidade é espécie, quando, no processo criminal, concluir-se pela inexistência do fato ou da autoria.

- A absolvição do réu em processo criminal, com base no art. 386, III, do CPC, por "não constituir o fato infração penal", sem que tenha havido negativa da existência da conduta, ou da autoria, não implica na necessária e forçosa absolvição em ação de improbidade administrativa, uma vez que, exatamente em razão da autonomia das esferas criminal e administrativa, uma conduta pode ser ímproba, sem configurar crime.

- Presença de indícios de implementação, pelo réu, ex-prefeito municipal, de favorecimento a particular, na contratação direta de empresa, com indevido procedimento de inexigibilidade de licitação, para fornecimento de shows musicais. Indícios de conduta ímproba violadora dos princípios da Administração Pública. Medida cautelar de bloqueio mantida.

- A autonomia das personalidades do sócio e da sociedade não autoriza a pessoa jurídica a ser usada como instrumento na realização de fins ilícitos.

- Havendo indícios de desvio de finalidade da pessoa jurídica e de confusão patrimonial, é autorizada a desconsideração inversa da personalidade jurídica, na forma do art. 50, do Código Civil, que busca, a princípio, possibilitar que o patrimônio da empresa possa ser atingido para assegurar, no caso em apreço, eventual reparação do dano ao erário.

- Conforme precedentes do col. Superior Tribunal de Justiça, a determinação de bloqueio dos bens deve ocorrer nos limites do suposto dano ao erário.

- Recurso parcialmente provido.

Agravo de Instrumento-CV nº 1.0528.17.002796-5/004 - Comarca de Prata - Agravante: Luiz Roberto Santos Vilela - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relatora: Desª. 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 preliminar de perda do objeto, e dar parcial provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 1º de dezembro de 2020. - *Sandra Fonseca*. – Relatora.

Voto

DESª. SANDRA FONSECA - Cuida-se de agravo de instrumento, interposto por Luiz Roberto Santos Vilela, contra a r. decisão de docs. nº 12/13, que, nos autos da ação civil pública por improbidade administrativa, proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face do agravante, bem como do Clube do Cowboy de Uberlândia, Ricardo Roberto Teixeira, Tata Produções e Eventos Ltda, Luciana Aparecida de Abreu, Tonymar Henrique de Abreu Alves e Hangar Produções Artísticas Ltda. - EPP, deferiu ordem liminar de bloqueio de bens imóveis dos réus, incluindo o ora agravante.

Nas razões recursais contidas no documento eletrônico de ordem 01, afirma o agravante, em síntese, que não foi comprovado o prejuízo ao erário ou aos cofres públicos, tendo em vista que os serviços contratados foram efetivamente realizados, sendo que o procedimento adotado para realização do carnaval de 2011, no âmbito do Município de Prata/MG, fora devidamente referendado pela Procuradoria Jurídica e, como tal, em estrita observância ao princípio da legalidade, notadamente a se considerar o caráter emergencial da contratação apto a justificar a dispensa do procedimento licitatório.

Defende a ausência do elemento subjetivo ou do intuito de fraudar o erário, o que fora inclusive reconhecido no bojo da ação penal instaurada pelo *parquet* estadual, notadamente a se considerar que sequer apontadas irregularidades nos preços contratados pela municipalidade mas, tão somente, o procedimento adotado.

Sustenta ainda o excesso do bloqueio efetuado, bem como a impossibilidade de que a constrição recaia sobre a empresa Agropecuária Três Irmãos Ltda, sem a prévia instauração do respectivo incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Ao final, requer seja concedido efeito suspensivo ao recurso.

O efeito suspensivo foi parcialmente deferido pela decisão contida no documento eletrônico de ordem 20.

Contrarrazões apresentadas pelo autor ministerial, através do ilustre Órgão oficiante no primeiro grau, contidas no documento eletrônico de ordem 35, arguindo, inicialmente, a perda de objeto do recurso, ao fundamento de que, em primeiro grau, foi realizado pedido para redução do bloqueio, foi deferido pelo Magistrado primevo.

No mérito, requer o desprovimento do recurso.

Manifestação do agravante acerca da arguição de perda de objeto do recurso (doc.38).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso, contido no documento eletrônico de ordem 40.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

Preliminar de perda do objeto:

O ilustre Órgão oficiante no primeiro grau arguiu, inicialmente, a perda de objeto do recurso, ao fundamento de que, em primeiro grau, foi realizado pedido para redução do bloqueio, foi deferido pelo Magistrado primevo.

Todavia, com a devida vênia, não houve redução do bloqueio, tendo o digno Juiz de primeiro grau, ao tomar as medidas relativas à execução do bloqueio, na forma da decisão liminar que a concedeu (doc.20), determinou que a incidência da medida se desse sobre bens imóveis, autorizando aos

réus afetados pelo bloqueio a demonstrar o valor de bem que sobeje o limite do bloqueio, para a respectiva adequação da constrição, conforme informado no documento eletrônico de ordem 24.

Trata-se de medida executiva da ordem de bloqueio, que não esvazia o objeto do presente recurso, mormente porque o réu, ora agravante, pretende o descabimento total da medida constritiva, ao fundamento de ausência de indícios de improbidade.

Rejeito a preliminar de perda de objeto.

Mérito recursal.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento, interposto contra decisão que concedeu o bloqueio de patrimônio do réu, previsto no art. 7º, da Lei nº 8.429/92.

Com efeito, o art. 7º da Lei nº 8.429/92 prevê a possibilidade de determinação da indisponibilidade de bens do agente processado por ato de improbidade administrativa, a fim de assegurar-se o ressarcimento dos danos causados aos cofres públicos, nos seguintes termos:

> Art. 7° - Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.
>
> Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Nessa esteira, cumpre ressaltar que, neste momento processual, não cabe juízo sobre a prática ou não de ato de improbidade administrativa, matéria esta que diz respeito ao mérito propriamente dito do feito em trâmite na primeira instância, mas, tão somente, da presença dos requisitos para a concessão da medida de indisponibilidade de bens, ante a existência de elementos que indiquem a necessidade de garantir-se eventual ressarcimento por danos ao patrimônio público, em razão da presença da plausibilidade da alegação, no sentido da existência de elementos indiciários da prática de improbidade potencialmente danosa ao erário municipal.

Nesse passo, quanto ao perigo na demora, ressalte-se, por oportuno, que a atual jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça afastou a existência de indícios de dilapidação do patrimônio como exigência para se autorizar a medida prevista no art. 7º da Lei de Improbidade.

Nesse sentido, o entendimento consolidado do col. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1366721/BA, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC:

> Processual Civil e Administrativo. Recurso especial repetitivo. Aplicação do procedimento previsto no art. 543- C do CPC. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Cautelar de indisponibilidade dos bens do promovido. Decretação. Requisitos. Exegese do art. 7º da Lei nº 8.429/1992, quanto ao *periculum in mora* presumido. Matéria pacificada pela colenda primeira seção.[...] 5. Portanto, a medida caute-

> lar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa. 6 - Recursos especiais providos, a que restabelecida a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos. 7 - Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução nº 8/2008/STJ (REsp 1366721/BA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro OG Fernandes, Primeira Seção, j. em 26.02.2014, DJe 19.09.2014).

Dessa forma, na esteira do precedente vinculativo acima citado, embora não seja necessária a prova da dilapidação dos bens, ante a gravidade da medida liminar de bloqueio, é mister a demonstração, de plano, pelo autor, de indícios da alegada prática de ato de improbidade.

No que se refere aos indícios da prática ímproba, que seriam necessários à determinação de bloqueio de bens, da leitura dos documentos eletrônicos anexados ao presente instrumento, verifica-se que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação de improbidade administrativa contra o ora agravante, Luiz Roberto Santos Vilela, ex-prefeito municipal, e contra Ricardo Roberto Teixeira, Tata Produções e Eventos Ltda, Luciana Aparecida de Abreu, Tonymar Henrique de Abreu Alves e Hangar Produções Artísticas Ltda. - EPP, aduzindo, em apertada síntese, que houve a contratação, através de indevido procedimento de inexigibilidade de licitação, de empresas para a realização das festividades carnavalescas na cidade do Prata, no ano de 2011, acusando que, no caso dos agravantes, a inexigibilidade se deu em razão do art. 25, III, da Lei nº 8.666/93, sem ter sido, no entanto, demonstrado que os artistas eram consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública.

A inicial narra, no que concerne ao que interessa ao objeto do presente recurso, que, após o fracasso do Procedimento de Pregão Presencial, cujo objeto era a contratação para a realização dos festejos do Carnaval da cidade, em razão de não terem sido apresentadas propostas que atendessem as especificações e condições exigidas no edital, bem como a revogação de outro posterior Pregão Presencial, com o mesmo objeto, por vício no edital, o Município, através do primeiro réu, ora agravante, então Prefeito Municipal, argumentando que a abertura de um terceiro procedimento licitatório seria inviável, ante a proximidade do Carnaval, contratou a empresa Clube do Cowboy, ao fundamento de que detinha a representação exclusiva das bandas "Cia. do Bom", "Banda Gang do Samba", "Banda Visual da Bahia", e "Banda Vip", ao fundamento de que tais grupos musicais eram consagrados pelo público ou pela crítica.

Como sabido é facultado à Administração Pública realizar a contratação de serviços técnicos sem a necessidade de procedimento licitatório prévio nas hipóteses previstas no art. 25, inciso II da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

> Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
>
> [...]
>
> III- para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

No caso dos autos, em que pesem as alegações do agravante, o autor ministerial alega que os dois procedimentos que antecederam a dispensa de licitação foram interrompidos pela Administração fora das hipóteses legais, aduzindo que tal procedimento foi feito para justificada a contratação irregular e direta das empresas já selecionadas, com intuito de favorecimento.

Ademais, foi apurado também, que, no presente processo de dispensa de licitação impugnado, a Administração Pública realizou pesquisa de preços junto a três empresas especializadas no ramo, enquanto que, na primeira licitação fracassada, havia seis licitantes.

Dessa forma, acusa o autor ministerial que a redução na pesquisa de interessados reforça os indícios do favorecimento acusado.

Há, portanto, fundados indícios de favorecimento das empresas contratadas, pelo agravante, mormente porque não restou demonstrado de plano, também, o requisito da consagração da crítica especializada ou da opinião pública.

Dessa forma, havendo indícios de favorecimento, e da consequente possibilidade de prática de atos violadores dos princípios da Administração Pública, pelo menos a princípio, não se mostra relevante, para fins de bloqueio cautelar, que os serviços contratados tenham sido prestados.

Nesse contexto, a análise acerca da presença do elemento volitivo, bem como a regularidade da dispensa do procedimento licitatório para contratação das referidas sociedades empresárias, é matéria que demanda ampla cognição do feito, e, por conseguinte, a regular instrução processual, o que não se mostra cabível nesta estreita via recursal.

Noutro giro, registre-se que, a priori, a absolvição do recorrente na ação penal de autos nº 0029539.54.2014.8.13.0528 não é suficiente, por si só, para afastar a constrição.

Com efeito, como é de curial sabença, as esferas criminais e administrativas são independentes entre si, somente havendo exclusão da responsabilidade por ilícito administrativo, do qual a improbidade é espécie, quando, no processo criminal, concluir-se pela inexistência do fato, da própria conduta imputada criminosa, ou da autoria.

No caso dos embargos infringentes, na ação penal, citada pelos agravantes, com a devida vênia, não houve conclusão pela negativa da existência da conduta ou da autoria, tendo o julgado concluído que os fatos imputados aos réus não constituíam crime, o que é bem diverso de negar-se a existência do fato, tanto que o dispositivo fundou-se no art. 386, III, do CPP, que dispõe, "Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] III - não constituir o fato infração penal [...].".

Com efeito, foi o referido acórdão assim ementado:

> Embargos infringentes e de nulidade. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei. Ausência de dolo específico e de prejuízo ao erário. Absolvição. Inteligência do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Embargos Acolhidos. - O crime previsto no art. 89, da Lei 8.666/93, exige para a sua configuração a demonstração de dolo específico, qual seja, a intenção de causar dano ao erário, bem como do resultado lesivo ocasionado, o que não restou configurado nos autos. - Embargos acolhidos (TJMG - Emb Infring e de Nulidade 1.0528.14.002953-9/002, Relator: Des. Corrêa Camargo, 4ª Câmara Criminal, j. em 20.11.2019, p. em 27.11.2019).

Nesse passo, apesar da absolvição na esfera criminal, não tendo sido negada a existência do fato, nem da autoria, não há que se falar em trancamento da via da improbidade, com o respectivo bloqueio cautelar de bens, uma vez que, exatamente em razão da autonomia das esferas, uma conduta pode ser ímproba, sem configurar crime.

Nesse passo, verificando-se, neste momento processual, a presença de indícios de prática e de atos de improbidade vulneradores dos princípios da Administração Pública, e de rigor a manutenção da medida cautelar de bloqueio.

Noutro giro, se insurge o réu, ora agravante, em face da extensão dos efeitos da constrição à empresa denominada Agropecuária Três Irmãos Ltda.

Com efeito, é cediço que as sociedades empresárias possuem direitos e obrigações distintos dos que possuem seus sócios, constituindo, dessa forma, autonomia individualizada. Assim, a sociedade não se confunde com a pessoa de seus sócios, o que não autoriza a pessoa jurídica, sujeito de direito autônomo, a ser usada como instrumento na realização de fins ilícitos. No intuito de coibir essas práticas, o art. 50 do CC determinou, *in verbis*:

> Art. 50 - Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Dessa forma, havendo indícios de desvio de finalidade da pessoa jurídica e de confusão patrimonial, é autorizada a desconsideração da personalidade jurídica, para que os efeitos da responsabilidade se estendam à pessoa do sócio.

Destarte, como se observa, a desconsideração inversa da personalidade jurídica busca, a princípio, possibilitar que o patrimônio das empresas possa ser atingido para assegurar, no caso em apreço, a reparação do dano ao erário.

Na hipótese dos autos, vislumbra-se, por ora, que a sociedade em questão foi constituída no dia 02.05.2018 (doc. nº 12, fl. 35) e, portanto, após o ajuizamento da Ação Civil Pública, ocorrido no dia 07 de dezembro de 2017. Demais disso, infere-se da certidão emitida pela Junta Comercial do

Estado de Minas Gerais que constam do quadro societário da empresa apenas o réu e seus três filhos (doc. nº 12, fl. 35).

Como se não bastasse, os documentos de ordem nº 09/12 indicam que, ao longo do referido período, o réu, ora recorrente, transferiu diversos imóveis urbanos e rurais à supramencionada sociedade empresária, razão pela qual se vislumbram, a priori, indícios de desvio de finalidade da pessoa jurídica, autorizando a extensão dos efeitos da constrição à empresa denominada Agropecuária Três Irmãos Ltda.

Por fim, registre-se que o Ministério Público Estadual apontou a existência de dano ao erário, cuja soma, segundo alega, perfaz a quantia de R$1.054.203,18 (um milhão, cinquenta e quatro mil, duzentos e três reais e dezoito centavos) (doc. nº 04).

No que se refere ao alcance da medida, tem-se que o pedido de indisponibilidade dos bens, apesar de não ser imprescindível determiná-los, deve, na esteira do disposto no parágrafo único do art. 7º, da Lei nº 8.429/92, restringir o bloqueio somente ao *quantum* do suposto prejuízo ao erário publico, ainda que por estimativa apurada pelos elementos de convicção já existentes no processo, mas não está adstrito aos bens havidos posteriormente aos atos indigitados ímprobos, já que não existe qualquer restrição legal a respeito.

Neste sentido, a jurisprudência do col. STJ:

> Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Natureza jurídica. Limites da constrição. Precedentes do STJ. Recurso especial provido. 1 - A natureza jurídica da indisponibilidade de bens prevista na Lei de Improbidade Administrativa é manifestamente acautelatória, pois visa assegurar o resultado prático de eventual ressarcimento ao erário causado pelo ato de improbidade administrativa. Assim, o deferimento da constrição não está condicionada ao recebimento da petição inicial da ação civil de improbidade administrativa. 2 - A decretação de indisponibilidade de bens em decorrência da apuração de atos de improbidade administrativa deve observar o teor do art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.429/92, limitando-se a constrição aos bens necessários ao ressarcimento integral do dano, ainda que adquiridos anteriormente ao suposto ato de improbidade. 3 - Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 806.301/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 03.03.2008, p. 1; REsp 886.524/SP, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 13.11.2007, p. 524; REsp 781.431/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 14.12.2006, p. 274. 4. Provimento do recurso especial (STJ, Primeira Turma, RESP 200702616812, Relatora: Min. Denise Arruda, DJe 05.08.2009).

Dessa forma, a justa medida do bloqueio é o valor do suposto dano ao erário, do qual tenha participado, ainda que em co-participação, apurado, pelos elementos constantes dos autos, até este momento de cognição sumária.

Com estes fundamentos, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, para determinar que a indisponibilidade dos bens do agravante Luiz Roberto Santos Vilela, seja limitada a R$1.054.203,18 (um milhão, cinquenta e quatro mil, duzentos e três reais e dezoito centavos).

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Corrêa Junior e Edilson Olímpio Fernandes.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO, E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - mandado de segurança - servidor público - previsão de pagamento de abono pecuniário em lei municipal - mandamus utilizado como sucedâneo de ação de cobrança - impossibilidade - desprovimento do recurso.

- Nos termos da Súmula 269, do col. STF, o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança. Nesse espeque, o *writ* não se revela a via apropriada para assegurar o pagamento de abono pecuniário, previsto em lei municipal, para um único mês. Eventual concessão da segurança implicaria em violação à Súmula nº 271, do col. STF, no sentido de que «concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.»

Apelação Cível nº 1.0019.16.003103-5/001 - Comarca de Alpinópolis - Apelante: Rosely Aparecida Neves - Apelado: Município de São José da Barra. 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 negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2020. - *Wilson Benevides*. – Relator.

Voto

DES. WILSON BENEVIDES - Trata-se de apelação, interposta contra a sentença de f. 43/44-v, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Alpinópolis, que denegou a segurança na ação mandamental impetrada por Rosely Aparecida Neves, contra ato do Prefeito de São José da Barra/MG, que lhe negou a concessão do abono pecuniário previsto na Lei Municipal nº 517/2016.

Inconformada, a impetrante sustenta, nas razões recursais de f. 47/51, que o remédio legal contra ato lesivo é o Mandado de Segurança. Afirma que a sentença é contrária aos pressupostos estabelecidos pelo art. 489, §§ 1º e 2º, incisos I a VI, do CPC. Afirma que a Lei Municipal nº 517/16 concedeu a todos os servidores públicos municipais, extensivo aos contratados por prazo determinado e aos cargos comissionados, abono pecuniário de R$1.200,00 (mil e duzentos reais).

Destaca que a fundamentação da sentença distancia-se do caso concreto. Ressalta que o apelado não contestou o seu direito. Alega que a legislação considera como de efetivo exercício período em que o servidor encontra-se afastado por problemas de saúde.

Isto posto, requer o provimento do recurso, para conceder a segurança. Contrarrazões às f. 54/56, pugnando o desprovimento do recurso.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça às f. 61/62, opinando pelo desprovimento do recurso.

É, em síntese, o Relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso voluntário e o recebo em seus regulares efeitos.

Cinge-se a controvérsia estampada nesses autos em aferir o direito da impetrante de perceber o abono pecuniário instituído pela Lei Ordinária nº 517/2016, do Município de São José da Barra.

Como se sabe, o Mandado de Segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito líquido e certo, exigindo a constatação de plano do direito alegado.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXIX, determina, *in verbis*:

> LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público [...].

Assim, percebe-se que nem todo direito será amparado pela via do Mandado de Segurança. É necessário, para a impetração da medida, que o direito invocado seja líquido e certo e, para tanto, indispensável que os fatos articulados pelo impetrante venham acompanhados do devido acervo probatório.

No âmbito do Município de São José da Barra, foi editada, em 11 de novembro de 2016, a Lei nº 517, que assim previu em seus artigos 1º e 2º:

> Art. 1º Fica o Executivo Municipal autorizado a conceder aos servidores públicos municipais, no mês de novembro de 2016, um abono pecuniário no valor de R$1.200,00 (mil e duzentos reais).
>
> Parágrafo Único - O abono de que trata o caput deste artigo é extensivo aos contratados por prazo determinado, cargos comissionados e conselheiros tutelares.
>
> Art. 2º O abono de que trata o art. 1º desta lei não será incorporado aos vencimentos dos servidores públicos municipais, bem como não servirá de base para o pagamento de vantagens individuais.

Da leitura da legislação acima transcrita, depreende-se que aos servidores públicos municipais foi concedido um abono pecuniário, no valor de R$1.200,00 (mil e duzentos reais), a ser pago exclusivamente no mês de novembro de 2016, vantagem esta que não se incorporaria em seus vencimentos. Segundo a lei, o abono seria devido também aos servidores contratados e aos comissionados.

Nesse contexto, a impetrante pugna pela concessão da segurança para que o requerido "cumpra as disposições contidas no texto da Lei Ordinária 517/17".

Não obstante, denota-se que a pretensão autoral consiste, vias transversas, na condenação do Município a pagar-lhe a importância de R$1.200,00 (mil e duzentos reais). No entanto, a obrigação de

pagar quantia certa é incompatível com o rito do mandado de segurança, que não se presta para cobrança de dívidas, independentemente de sua natureza.

Com efeito, esse é o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende pela Súmula nº 269, senão vejamos:

O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

Ainda que se afirmasse que a impetrante busca o reconhecimento do direito ao pagamento do abono pecuniário, não se pode negligenciar que referida vantagem foi prevista unicamente para o mês de novembro de 2016.

Assim sendo, eventual concessão da segurança implicaria na determinação de pagamento com efeito retroativo, já que referente à parcela anterior ao ajuizamento da ação. Aludido comando caracterizaria flagrante violação ao art. 14, § 4º, da Lei nº 12.016/09, segundo o qual o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

De igual sorte, haveria nítida violação à Súmula 271, do col. STF, *in verbis*: "Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria."

A propósito, já se pronunciou esta col. Câmara Cível:

> Remessa Necessária. Apelação Cível. Mandado de segurança. Servidor municipal. Cobrança. Vencimentos pretéritos. Inadequação da via eleita. Súmulas 269 e 271 do STF. - O mandado de segurança não pode ser utilizado como substitutivo da ação de cobrança ou mesmo produzir efeito patrimonial pretérito (Súmulas 269 e 271 do STF). - Mandado de segurança extinto, por inadequação da via eleita (TJMG - Apelação Cível 1.0000.18.047443-9/001, Relatora: Desª Alice Birchal, 7ª Câmara Cível, j. em 16.10.2018, p. em 22.10.2018).
>
> Apelação. Mandado de segurança. Pedido mediato. Recebimento de valores pretéritos relativos à "Bolsa Atleta Olímpico e Paralímpico". Súmula nº 269/STF. Impropriedade da via eleita. Sentença confirmada com base em outros fundamentos. 1. Utilizando-se o impetrante do mandado de segurança para pagamento de valores pretéritos de bolsa, em autêntico sucedâneo de ação de cobrança, há manifesta impropriedade da via eleita - Súmula 269 do STF. 2. Sentença confirmada (TJMG - Apelação Cível 1.0000.16.064804-4/002, Relator: Des. Audebert Delage, 6ª Câmara Cível, j. em 26.03.2019, p. em 28.03.2019).
>
> Direito Constitucional. Direito Processual Civil. Mandado de segurança. Transferência de verbas do estado para município. Recebimento de valores pretéritos. Inviabilidade em sede mandamental. Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal. Segurança denegada. - Considerada a natureza do mandado de segurança, afigura-se inviável a prolação de ordem judicial para determinar ao Governador do Estado que realize a transferência imediata de verbas pretéritas, para o Município de Barbacena, porque a via mandamental não é substitutiva de ação de cobrança e não admite a produção de efeitos patrimoniais

> em relação a período pretérito, nos termos das súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal (TJMG - Mandado de Segurança 1.0000.18.088946-1/000, Relator: Des. Moreira Diniz , Órgão Especial, j. em 13.03.2019, p. em 19.03.2019).
>
> Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Repasse de duodécimos à Câmara Municipal de Santo Hipólito. Artigo 168, da Constituição da República. Inexistência de justificativa plausível à época do repasse- liminar. Impossibilidade. Valores pretéritos. Súmulas 269 e 271 do STF. - De acordo com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, é vedada a utilização de Mandado de Segurança para cobrança de valores pretéritos, uma vez que a via mandamental não é sucedâneo de ação de cobrança (súmulas 269 e 271 do STF). - Não se pode deferir, a título de medida antecipatória do provimento final, o imediato repasse de valores devidos vencidos anteriormente ao mês da impetração, uma vez que isso não poderia ser obtido na sentença, a qual só produz efeitos patrimoniais referentes a período posterior à impetração do *writ* (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0191.17.003549-4/001, Relator: Des. Elias Camilo , 3ª Câmara Cível, j. em 27.09.2018, p. em 09.10.2018).

Nesse espeque, não se vislumbram motivos para alterar o que fora decidido na sentença, que, com base nesse mesmo fundamento, denegou a segurança. Saliente-se que, conquanto sucinta, a decisão primeva está devidamente fundamentada e, portanto, atende aos requisitos estabelecidos pelo art. 489, do CPC/15.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

Custas pela apelante, observada a isenção legal.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Alice Birchal e Belizário de Lacerda.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de execução - Embargos - Direito processual - Apelação - Dialeticidade não observada - Não conhecimento de parte do recurso - Título executivo extrajudicial - Decisão emanada do tribunal de contas do estado - Ausência de inscrição em dívida ativa - Inaplicabilidade da Lei nº 6.830/80 - Dispensa de prévia garantia do juízo.

- Impõe o princípio da dialeticidade que, nas razões recursais, apresente a parte apelante os fundamentos que reputa válidos para a reforma da sentença, contrapondo-os àqueles utilizados pelo Magistrado para o acolhimento - ainda que parcial - ou não do pleito veiculado na peça de ingresso.

- O descumprimento, pela parte apelante, do aludido princípio acarreta o não conhecimento, ainda que parcial, do recurso aviado, nos termos do art. 932, inciso III, parte final, do Código de Processo Civil de 2015.

- O rito da Lei nº 6.830/80 poderá (e não deverá) ser utilizado para a cobrança de crédito proveniente de decisão proferida pelo Tribunal de Contas do Estado, desde que o Administrador Público opte por inscrevê-lo em Dívida Ativa, o que é, em regra, desnecessário, vez que a aludida decisão já constitui título executivo extrajudicial, a teor do art. 76, § 3º, da Constituição do Estado de Minas Gerais, sendo dispensável, neste caso, a prévia garantia do juízo para a oposição de embargos à execução.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0395.18.003124-1/001 - Comarca de Manhumirim - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Milton Moreira de Amorim - RELATORA: DES.ª ANA PAULA CAIXETA.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NÃO CONHECER DE PARTE DO RECURSO E NEGAR-LHE PROVIMENTO NA PARTE CONHECIDA.

Belo Horizonte, 28 de maio de 2020. - *Ana Paula Caixeta* - Relatora.

Voto

DES.ª ANA PAULA CAIXETA - Cuida-se de apelação cível, interposta pelo Estado de Minas Gerais contra a sentença de f. 94/95-v., proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Manhumirim, Dr. Ricky Bert Biglionne Guimarães, que, nos autos dos Embargos à Execução opostos por Milton Moreira de Amorim em face do apelante, julgou extintos os embargos, com resolução de mérito, na forma do art. 487, II, c.c. art. 934, ambos do CPC/15. Não houve condenação

ao pagamento de custas. O embargado foi condenado ao pagamento de honorários fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Em suas razões recursais de f. 97/100, o embargado alegou que o bem penhorado não é suficiente para garantia da execução, dado que seu valor é inferior ao do débito; que, portanto, falta pressuposto para a admissão dos embargos à execução, os quais devem ser extintos sem exame de mérito; que não se operou a prescrição; que o prazo prescricional se inicia a partir da constituição do crédito, que, no caso, ocorreu a partir do trânsito em julgado da decisão que aplicou a multa; que a decisão da Corte de Contas que aplicou a penalidade transitou em julgado em abril/2013 e a execução foi ajuizada em maio/2014; que não houve prescrição.

O embargante apresentou suas contrarrazões às f. 102/109, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Remetidos os autos a este Tribunal, foi dada vista às partes para manifestação a respeito de eventual ausência de dialeticidade entre a sentença e o recurso aviado, quedando inertes.

É o relatório.

Da admissibilidade.

Inicialmente, imprescindível que se verifique se os requisitos de admissibilidade do recurso se encontram presentes, em especial a observância ao princípio da dialeticidade.

Dispõe o art. 1.010 do Novo Código de Processo Civil:

"Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:

[...]

III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade".

Como cediço, dentre os requisitos necessários ao conhecimento, pela Instância Recursal, de recurso aviado pela parte prejudicada, encontra-se a necessidade da descrição dos fatos e dos fundamentos jurídicos que apontem para o eventual equívoco cometido pelo magistrado. Vale dizer: nas razões recursais, deverá a parte apelante apresentar os fundamentos que reputa válidos para a reforma da sentença, contrapondo-os àqueles utilizados pelo magistrado para o acolhimento - ainda que parcial - ou não do pleito veiculado na peça de ingresso. É o que se denomina princípio da dialeticidade.

A respeito do tema, confira-se a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves:

> Costuma-se afirmar que o recurso é composto por dois elementos: o volitivo (referente à vontade da parte em recorrer) e o descritivo (consubstanciado nos fundamentos e pedido constantes do recurso). O princípio da dialeticidade diz respeito ao segundo elemento, exigindo do recorrente a exposição da fundamentação recursal (causa de pedir: *error in judicando* e *error in procedendo*) e do pedido (que poderá ser de anulação, reforma, esclarecimento ou integração). Tal necessidade se ampara em duas motivações: permitir ao recorrido a elaboração das contrarrazões e fixar os limites de atuação do Tribunal

> no julgamento do recurso (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, 8 ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.490).

No caso dos autos, levantou o apelante, inicialmente, preliminar de carência de ação, por ausência de pressuposto para regular prosseguimento do feito, qual seja a prévia garantia do juízo por penhora nos autos da execução.

Conquanto a matéria não tenha sido examinada na sentença, verifico que o embargado já havia suscitado a questão em sua impugnação (f. 79/80), estando omissa a sentença, neste ponto.

Tratando-se de matéria de ordem pública, passível de exame de ofício em qualquer grau de jurisdição, o recurso deve ser conhecido neste ponto.

Noutro giro, quanto às questões de mérito, a apelação não merece conhecimento, pelas razões que passo a expor.

Analisando a sentença, é possível constatar que o MM. Juiz analisou a prejudicial de mérito sob a ótica do prazo a ser observado pela Corte de Contas para apreciar as contas prestadas pelos gestores e responsabilizar o agente público faltoso. A prescrição foi pronunciada sob o fundamento que havia transcorrido prazo superior a cinco anos entre o fim do mandato do ora embargante e a publicação da decisão do TCE que aplicou a multa objeto da execução em apenso.

A sentença tratou, portanto, da prescrição da pretensão punitiva da Administração, cuja consequência é a ausência de título executivo.

Ao recorrer da decisão, o embargado/apelante se insurgiu, genericamente, contra a extinção da execução por prescrição e defendeu que essa não havia ocorrido, uma vez que a ação havia sido proposta antes do transcurso do prazo quinquenal contado da data da publicação do acórdão do TCE que fixou a multa.

A parte discorreu, portanto, sobre a prescrição da pretensão executiva, não tecendo considerações a respeito da ocorrência ou não da prescrição da pretensão punitiva da Administração, questão que é, aliás, prejudicial ao exame do prazo prescricional para a execução.

Ora, se o apelante não cuidou de impugnar, especificamente, os fundamentos adotados na sentença combatida, o recurso de apelação não merece ser conhecido por esta Superior Instância Mineira, em razão do desrespeito ao princípio da dialeticidade.

Neste sentido se pronunciou reiteradamente o colendo STJ:

> Agravo interno no agravo em recurso especial. Processual civil. Ausência de impugnação específica de um dos fundamentos da decisão de admissibilidade proferida pela corte de origem. Não conhecimento do reclamo. Inovação recursal. Impossibilidade. Preclusão consumativa. Honorários recursais. Decisão agravada. Majoração. Cabimento. Multa do art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. Inaplicabilidade. Honorários recursais. Impossibilidade de majoração no âmbito do agravo interno. Agravo desprovido. - Em atenção ao princípio da dialeticidade recursal, as razões do agravo em recurso especial devem infirmar os funda-

> mentos da decisão de inadmissibilidade do apelo especial, proferida pelo Tribunal de origem, sob pena de não conhecimento do reclamo por esta Corte Superior, nos termos do art. 932, III, do CPC/2015 [...] (AgInt no AREsp nº 1570399/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. em 09.03.2020, *DJe* de 13.03.2020).
>
> Processual civil. Agravo interno em tutela provisória. Falta de impugnação específica a fundamento da decisão agravada. Inobservância do princípio da dialeticidade. Agravo não conhecido. - Em obra conjunta, Eduardo Cambi, Rogéria Dotti, Paulo Eduardo d'Arce Pinheiro, Sandro Gilbert Martins e Sandro Marcelo Kozikoski ensinam que, 'por força do princípio da dialeticidade, exige-se que o recorrente apresente os motivos específicos de seu inconformismo, declinando os fundamentos que demandam a anulação, reforma ou integração da decisão recorrida', razão pela qual, segundo os mesmos doutrinadores, 'há um ônus intrínseco a ser observado pelo recorrente, qual seja: a impugnação dos fundamentos da decisão judicial, sob pena de não conhecimento do recurso' (*Curso de processo civil completo*. São Paulo: RT, 2017, p. 1470). - Também a consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assinala que, 'pelo princípio da dialeticidade, impõe-se à parte recorrente o ônus de motivar seu recurso, expondo as razões hábeis a ensejar a reforma da decisão, sendo inconsistente o recurso que não ataca concretamente os fundamentos utilizados no acórdão recorrido' (AgInt no RMS nº 58.200/BA, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Turma, *DJe* de 28.11.2018). - No caso, o recorrente não logrou se desvencilhar de tal encargo, notadamente ao passo que nada trouxe, nas razões do agravo interno, para combater especificamente o único fundamento da decisão agravada. - Agravo interno não conhecido (RCD no TP nº 2.519/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª Turma, j. em 03.03.2020, *DJe* de 06.03.2020).

Assim sendo, conheço apenas em parte do recurso, para examinar a preliminar de carência de ação, presentes os pressupostos de admissibilidade, neste ponto.

Da carência de ação.

Preliminarmente, requereu o apelante a rejeição dos embargos à execução opostos pelo apelado, argumentando que se aplicariam ao caso dos autos as disposições da Lei nº 6.830/80, que exige, em seu art. 16, a prévia garantia do Juízo (penhora) para a apresentação de defesa pelo devedor. Defendeu que o bem indicado para penhora não garantia integralmente a execução, dado que o valor da avaliação seria inferior ao valor do débito.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que o rito da Lei nº 6.830/80 poderá (e não deverá) ser utilizado para a cobrança de crédito proveniente de decisão proferida pelo Tribunal de Contas do Estado, desde que o Administrador Público opte por inscrevê-lo em Dívida Ativa, o que é, em regra, desnecessário, vez que a aludida decisão já constitui título executivo extrajudicial, a teor do art. 76, § 3º, da Constituição do Estado de Minas Gerais:

"Art. 76. (omissis).

[...]

§ 3º - A decisão do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terá eficácia de título executivo".

Destarte, sem a inscrição em questão, o rito da Lei nº 6.830/80 pode ser dispensado. Sobre o tema, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Recurso especial. Execução de acórdão TCU. Conflito de competência. Ausência de inscrição na dívida ativa. Competência do juízo federal comum. Aplicação do rito comum do CPC. Precedentes do STJ. Recurso provido. - A pretensão merece ser acolhida. - Consoante a orientação jurisprudencial predominante no STJ, não se aplica a Lei nº 6.830/1980 à execução de decisão condenatória do Tribunal de Contas da União quando não houver inscrição em dívida ativa. Tal decisão já é título executivo extrajudicial, de modo que prescinde da emissão de Certidão de Dívida Ativa, o que determina a adoção do rito do Código de Processo Civil se o administrador discricionariamente opta pela não inscrição. - Assim sendo, merece reparo a tese, empregada pela Corte regional, de que 'o fato de dispensar a inscrição não faz com que tais valores percam a sua natureza de Dívida Ativa da União, cobradas segundo o procedimento estabelecido pela Lei nº 6.830/1980 e através de Execução de Título Extrajudicial processada e julgada por Juízo de Execução Fiscal' (f. 44, e- STJ). - Portanto, haja vista estar em dissonância com o entendimento do STJ, merece retificação o acórdão recorrido, que julgou o Conflito de Competência suscitado na origem. 5. Recurso Especial provido para declarar competente o juízo federal cível comum indicado nos autos (REsp nº 1796937/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. em 23.05.2019, *DJe* de 30.05.2019).
>
> Processual civil. Acórdão do TCU. Título executivo extrajudicial. Desnecessidade de inscrição em dívida ativa. Aplicação do CPC. Competência das varas comuns. I - Os acórdãos do Tribunal de Contas da União - TCU são títulos executivos Certidão de Dívida Ativa - CDA, o que determina a adoção do rito do CPC e não da Lei nº 6.830/80. Precedentes: REsp nº 1.390.993/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* de 17.09.2013; REsp nº 1.059.393/RN, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 23.10.2008. II - Adotado o rito do CPC, as varas de execução fiscal são incompetentes para a execução de acórdão do TCU, recaindo-se a competência nas varas comuns. III - Recurso especial provido (REsp nº 1684104/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, j. em 11.12.2018, *DJe* de 17.12.2018).

Na hipótese em comento, verifica-se que o apelante não promoveu a inscrição do valor cobrado em Dívida Ativa, optando por aparelhar a ação de execução com o título executivo extrajudicial e pela adoção do rito procedimental estabelecido pelo Código de Processo Civil, o que torna prescindível a prévia segurança do Juízo para a oposição de embargos.

Rejeito, pois, a preliminar suscitada.

Com estas considerações, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO, NA PARTE CONHECIDA.

Majoro os honorários sucumbenciais para 15% (quinze) por cento do valor atualizado do débito, na forma do § 11 do art. 85 do CPC.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores Renato Dresch e Kildare Carvalho.

Súmula - NÃO CONHECERAM DE PARTE DO RECURSO E NEGARAM-LHE PROVIMENTO NA PARTE CONHECIDA.

Apelação cível - Embargos à execução - Termo de ajustamento de conduta - Denunciação da lide - Ilegitimidade passiva do ex-prefeito municipal - Responsabilidade do ente público pelas obrigações assumidas - Limitações orçamentárias e separação de poderes.

- O ex-prefeito de Cataguases não tem legitimidade para figurar no polo passivo da execução, pois, ao assumir a responsabilidade prevista no termo de ajustamento de conduta , o fez na condição de Chefe do Poder Executivo Municipal, de forma que não lhe pode ser imputada responsabilidade direta e pessoal pela obrigação assumida.

- De outro lado, cediço que incabível denunciação à lide em sede de embargos à execução, uma vez que implicaria em trazer para a discussão matérias estranhas àquelas colocadas à disposição do devedor.

- A insuficiência de recursos deve ser comprovada, não sendo aceitas justificativas genéricas. (Cf. STJ, AgRg no AREsp nº 790.767/MG, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma).

- No caso, não há que se falar em violação ao princípio da separação de poderes, porquanto, o que poderia ser considerado discricionário, com a livre e espontânea vontade do poder público traduzida no ajuste, passa a ser uma atividade vinculada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.20.003299-3/001 - Comarca de Cataguases - Apelante: Município de Cataguases - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª MARIA INÊS SOUZA.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 3 de novembro de 2020. - *Maria Inês Souza* - Relatora.

Voto

DES.ª MARIA INÊS SOUZA - Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo Município de Cataguases contra a sentença proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Cataguases que julgou improcedentes os Embargos à Execução opostos pelo recorrente.

Extrai-se da inicial, que a recorrente opôs Embargos à Execução de Título Extrajudicial em face de ação de execução de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas

Gerais objetivando compelir o recorrente a cumprir com as obrigações assumidas em termo de ajustamento de conduta celebrado entre as partes (doc. de Ordem 1º).

Os Embargos à Execução foram julgados improcedentes (doc. de Ordem 38).

Irresignado, interpõe o recorrente o presente recurso de apelação, pleiteando a reforma da sentença, com a consequente procedência dos embargos à execução.

Em suas razões recursais, busca, preliminarmente, a inclusão do ex-prefeito do Município de Cataguases no polo passivo da execução. No mérito, sustenta que não há recursos financeiros para o cumprimento das obrigações assumidas no Termo de ajustamento de conduta celebrado entre o Município e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (doc. de Ordem 40).

Em contrarrazões, o recorrido bate-se pelo desprovimento do recurso (doc. de Ordem 41).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da ilustre Procuradora de Justiça Lilian Maria Ferreira Marotta Moreira, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso interposto (doc. de Ordem 45).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade subjetivos (legitimidade e interesse recursal) e objetivos (recurso cabível e adequado, tempestivo, dispensado o preparo nos termos do art. 10, I, da Lei Estadual nº 14.939/03), conheço do recurso interposto.

Preliminar.

Denunciação da Lide - Inclusão do ex-prefeito do Município de Cataguases no polo passivo da execução.

Em sede de preliminar, pleiteia o recorrente a inclusão do ex-prefeito do Município de Cataguases, responsável pela assinatura do termo de ajustamento de conduta, no polo passivo da execução, aduzindo que, ao longo de sua gestão, não foram tomadas as providências necessárias para o cumprimento das obrigações firmadas no termo de ajustamento de conduta celebrado.

Sem razão.

No termo de ajustamento de conduta , datado de 20 de julho de 2016, o Município de Cataguases se obrigou a, no prazo máximo de dezoito meses, proceder à adequação de todas as irregularidades sanitárias e de acessibilidade apontadas pela Vigilância Sanitária Estadual e Municipal, nas dependências das instituições de ensino municipais. No mesmo prazo, o município se obrigou, ainda, a apresentar os autos de vistoria do Corpo de Bombeiros referentes às instituições de ensino municipais, adequando as respectivas instalações físicas às normas de prevenção a incêndio e pânico (doc. de Ordem 4, f. 5 a 6).

Por fim, para a hipótese de descumprimento, consta da cláusula quarta do ajuste a previsão de multa diária a ser paga pelo compromissário/município.

Pela análise das disposições constantes do TAC, evidente que a obrigação foi assumida pelo Município de Cataguases, enquanto ente público dotado de personalidade jurídica, sendo certo que o então prefeito municipal firmou o referido documento na qualidade de representante do ente municipal.

De outro lado, cediço que incabível denunciação à lide em sede de embargos à execução, uma vez que implicaria em trazer para a discussão matérias estranhas àquelas colocadas à disposição do devedor.

Assim, a alegação de eventual responsabilidade do ex-prefeito em razão de sua inércia quanto à adoção de providências para o cumprimento dos deveres assumidos no termo de ajustamento de conduta, se for o caso, deve ser discutida em ação própria, tratando-se de matéria estranha ao presente feito.

Logo, repita-se, o ex-prefeito figurou no termo de ajustamento como representante legal do município, e, portanto, é parte ilegítima para figurar no polo passivo da execução.

Nesse sentido, é o entendimento consolidado deste egrégio Tribunal:

> Apelação cível. Embargos à execução. Multa prevista em termo de ajustamento de conduta. Impossibilidade de responsabilização pessoal do prefeito municipal. Ilegitimidade passiva. - O prefeito municipal, ao intervir na celebração de termo de ajustamento de conduta firmado com o Ministério Público, não pode ser arrolado no polo passivo da execução que busca a multa aplicada por descumprimento do acordo. - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos atos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sendo inviável a responsabilização pessoal do agente público, salvo em ação regressiva e mediante comprovação do dolo ou da culpa ou por ato de improbidade administrativa (TJMG - Apelação Cível nº 1.0335.18.002399-6/001, Rel. Des. Carlos Henrique Perpétuo Braga, 19ª Câmara Cível, j. em 14.06.2019, p. em 24.06.2019).

Pelo exposto, rejeito a preliminar.

Mérito.

Compulsando-se os autos, verifica-se que Município de Cataguases deveria ter cumprido as obrigações assumidas no termo de ajustamento de conduta celebrado com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, quais sejam, adequação das escolas municipais às regras sanitárias, de acessibilidade e de segurança contra incêndio e pânico, no prazo de dezoito meses, contados da assinatura do termo, dia 20.07.2016 (doc. de Ordem 4, f. 5 a 6).

Contudo, restou comprovado que, ultimado o prazo estabelecido, a "Escola Municipal José Soares Gonçalves" não fora adaptada para a acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida nos termos da Lei nº 10.098/2000, assim como não foram regularizados os equipamentos de prevenção a incêndio e controle de pânico, o que motivou o ajuizamento de ação de execução de obrigação de fazer contra o Município (doc. de Ordem 2, f. 6 a 10 e doc. 3, f. 1º a 5).

Ao termo de ajustamento de conduta , previsto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85, é atribuída eficácia de título executivo extrajudicial. Dessarte, não há dúvidas de que o seu descumprimento enseja a sua execução.

No caso, o ajuste foi celebrado entre partes capazes, com objeto (conformação às exigências das normas vigentes referentes à acessibilidade e segurança) e motivos lícitos, não apresentando qualquer nulidade, sendo um compromisso válido.

Pois bem, nos embargos à execução apresentados não foi imputado qualquer vício ou ilegalidade na formalização do termo de ajustamento de conduta, limitando-se o embargante, ora recorrente, a sustentar a inexistência de recursos financeiros (doc. de Ordem 01).

Contudo, eventuais limitações orçamentárias não podem servir de pretexto ou justificativa para o descumprimento das obrigações assumidas.

Ademais, não restou demonstrado que as obrigações assumidas extrapolem os limites das possibilidades do município. Não obstante a crise financeira do Estado de Minas Gerais, não cuidou o município de demonstrar documentalmente que não tem condições financeiras e orçamentárias para regularizar referida escola municipal.

Nesse contexto, "a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo poder público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social" (Cf. STJ, AgRg no AREsp nº 790.767/MG, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, *DJe* de 14.12.2015).

Não bastassem, as obrigações constantes no termo de ajustamento de conduta foram assumidas de forma voluntária e o prazo estabelecido não pode ser considerado exíguo ou desproporcional, mormente se consideramos a natureza das obrigações estabelecidas: adequação à lei de acessibilidade e regularização dos equipamentos de prevenção a incêndio e controle de pânico.

E não se diga que a execução do termo de ajustamento de conduta viola o princípio da separação de poderes, porquanto, o que poderia ser considerado discricionário, com a livre e espontânea vontade do poder público traduzida no ajuste, passa a ser uma atividade vinculada.

Como bem observado pelo ilustre Representante do Ministério Público:

> a realidade é que, *in casu*, não há que se falar em violação da autonomia e discricionariedade da administração pública em fazer suas escolhas de priorização política, já que foi o próprio município que voluntariamente anuiu e assumiu a responsabilidade de implementar as obrigações estabelecidas no termo de ajustamento de conduta , assim o Município, através de seu representante legal, exerceu plenamente sua autonomia de gestão e realizou consensualmente sua decisão/opção de concretizar as medidas formalizadas no TAC (doc. Ordem 41).

Assim, não demostrado qualquer vício ou ilegalidade na formalização do termo de ajustamento de conduta, o desprovimento do recurso é medida que se impõe.

Nesse sentido, em casos análogos, já se manifestou esse egrégio Tribunal:

> Embargos à execução. Termo de ajustamento de conduta. Adequação de unidade básica de saúde. Teoria da reserva do possível. Insuficiência econômico-financeira. Ausência de comprovação. Astreintes. Razoabilidade. Desprovimento. O ente público deve comprovar a alegada insuficiência econômico-financeira, não bastando a invocação da teoria da reserva do possível para legitimar o descumprimento das obrigações firmadas em termo de ajustamento de conduta . A partir do momento em que o Município decide instalar uma unidade de saúde, incumbe a ele a tarefa de mantê-la segundo as diretrizes e normas que regulamentam a sua estrutura, sendo inviável invocar o seu juízo de conveniência e oportunidade para justificar a sua displicência. Observada a razoabilidade e proporcionalidade da multa fixada, não há que se falar em redução (TJMG - Apelação Cível nº 1.0153.17.009331-1/001, Rel. Des. Wilson Benevides, 7ª Câmara Cível, j. em 05.02.2020, p. em 10.02.2020).
>
> Reexame necessário conhecido de ofício. Apelação cível. Embargos à execução. Município de Cataguases. Responsabilidade do ente público pelas obrigações assumidas. Limitações orçamentárias. Atuação do poder judiciário. - As obrigações assumidas no momento da celebração do termo de ajustamento de conduta deverão ser cumpridas pelo Município, vez que o Chefe do Poder Executivo apenas o assina na qualidade de representante do ente público. - Cuidando-se de obrigação de matiz constitucional, não há que se falar em limitação orçamentária, eis que eventuais dificuldades financeiras não podem servir de pretexto para negar o direito constitucional à educação, não havendo que se cogitar, desse modo, na incidência do princípio da reserva do possível, dada a prevalência do direito em apreço. - Não se caracteriza indevida interferência do Poder Judiciário no mérito administrativo a determinação de disponibilização de educação adequada aos portadores de deficiência e mobilidade reduzida (o que inclui a construção/reforma de edifícios adequados ao acesso), já que a preservação dos direitos sociais não se encontra no âmbito dos atos discricionários da Administração Pública (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.20.003278-7/001, Rel.ª Des.ª Ana Paula Caixeta, 4ª Câmara Cível, j. em 27.02.2020, p. em 28.02.2020).

Ante o exposto, REJEITO A PRELIMINAR e NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.

Custas pelo recorrente, ressalvada a isenção legal.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores Caetano Levi Lopes e Afrânio Vilela.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Cível - Ação cautelar - Direito de preferência - Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64) - Ônus da prova - Autor - Honorários advocatícios - Fixação -Critérios.

- O direito de preferência do arrendatário, em caso de alienação de imóvel rural, deve ser resguardado, a teor do art. 92 do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64).

- A expropriação forçada advinda de procedimento executório não deve ser confundida com alienação volitiva do bem.

- Incumbe à parte autora o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, na forma estipulada no item I do art. 373 do Código de Processo Civil.

- Nas causas em que não há condenação e o valor da causa é satisfatório, os honorários advocatícios devem ser arbitrados, mediante a regra insculpida no parágrafo 2º do art. 85 do Código de Processo Civil.

Apelação Cível nº 1.0470.13.003353-8/002 - Comarca de Paracatu - Apelante: Eliane Aparecida Trevisan - Apelados: Yoshihico Takahashi, Banco do Brasil SA, Anna Cláudia de Souza Zandonadi, Valdir José Zandonadi E Outros. – Relator: Des. Maurílio Gabriel.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em rejeitar preliminar de cerceamento de defesa e dar parcial provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 10 de dezembro de 2020. - *Maurílio Gabriel*. – Relator.

Voto

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Cuida-se de ação cautelar, proposta por Eliane Aparecida Trevisan, contra Banco do Brasil S.A., Valdir José Zandonadi, Anna Cláudia de Souza Zandonadi, e Yoshihico Takahashi, este incluído posteriormente no polo passivo - cf. f. 50 dos autos apensados.

Em apenso, encontra-se "ação declaratória de nulidade c/c danos morais" (0470.13.004317-2), ajuizada por Eliane Aparecida Trevisan, contra Valdir José Zandonadi, Anna Cláudia de Souza Zandonadi, Banco do Brasil S.A. e Yoshihico Takahashi.

No processo cautelar, foi deferido o requerimento liminar para determinar "a suspensão do processo de execução nº 0470.01.000355-1", até o julgamento da ação declaratória (f. 23/24 dos autos nº 0470.13.003353- 8/002).

À f. 365 dos autos nº 0470.13.004317-2, foi o valor da causa modificado para "R$1.428.571,43 (um milhão, quatrocentos e vinte e oito mil, quinhentos e setenta e um reais e quarenta e três centavos)".

A sentença única prolatada julgou "improcedente o pedido de declaração de nulidade" e "improcedente o pedido cautelar, revogando assim a liminar de f. 23/24 dos autos nº 0033538-29.2013.8.13.0470", condenando a autora no pagamento das custas e honorários, estes fixados em "10% (dez por cento) do valor da causa para cada um dos três patronos constituídos".

Foram rejeitados os embargos declaratórios ofertados pela autora. Inconformada, Eliane Aparecida Trevisan interpôs recurso de apelação, afirmando que "foi preterida na alienação de bem no qual é arrendatária há vários anos", sem que lhe fosse "dado o direito de exercer a preferência".

Sustenta que "o credor hipotecário entabulou cessão de credito a terceiros", com "a ciência dos proprietários/arrendadores" sem dar "ciência à arrendatária".

Alega ser "nula a sentença proferida", por ferir "princípio Fundamental de direito" e "cerceia seu direito".

Aduz que o imóvel arrendado foi penhorado em execução e que os réus "arquitetaram subrogação, mascarando (escondendo) um contrato de compra e venda entre os segundos requeridos".

Assevera que o preço pago pelo imóvel é vil, havendo "simulação lesando o direito da arrendatária".

Pondera que as testemunhas "trouxeram detalhes aos autos comprovando a certeza do que falaram", e foram "desconsideradas pelo juízo que sequer as analisou".

Afirma que a sentença é confusa no tocante à condenação dos honorários sucumbenciais, pois estabelece "10% do valor da causa para cada um dos advogados (três)", no "absurdo e confusão 30% por cento", devendo ser corrigida.

Requer, por fim, seja dado provimento ao recurso, confirmando-se a liminar concedida.

Em contrarrazões, em petições apartadas, todos os réus batem-se pela manutenção da sentença.

Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Suscita a apelante, ainda que de forma não destacada, a nulidade da sentença diante da ocorrência de cerceamento de defesa, sob a alegação de que a prova testemunhal foi desprezada.

Como cediço, compete ao Juiz, na condição de condutor do processo e destinatário da prova, decidir sobre a necessidade ou não da realização de provas, não implicando cerceamento de defesa ou violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, o julgamento antecipado da lide com base nos documentos já produzidos pelas partes.

In casu, as provas produzidas foram suficientes a formar a convicção do julgador.

Ao que parece, a recorrente ventila o cerceamento de defesa para justificar, na realidade, seu inconformismo com o julgado.

Assim, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa.

Pretende a autora, nos autos nº 1.0470.13.004317-2/001, anular negócio jurídico (cessão de crédito), que alega ter sido firmado em conluio entre os réus, Banco do Brasil e Yoshihico Takahashi, sem que tenha sido observado seu direito de preferência como arrendatária do imóvel rural alienado, de propriedade dos réus Valdir e Anna Cláudia.

No procedimento cautelar (autos nº 1.0470.13.003353-8/002), a autora objetiva a suspensão dos autos da ação de cobrança, que se encontra em fase de execução (nº 0470.01.000355-1), em que teria ocorrido a mencionada cessão de crédito.

Trata-se de imóvel constituído por "uma gleba de terras denominada de Lote nº 02, situada na Fazenda Batalha do Bartolomeu, Altar e Borginho, no município de Guarda-Mor-MG, com área de 326.88.92 ha (trezentos e vinte e seis hectares oitenta e oito ares e noventa e dois centiares) de campos e cultura" , de propriedade do primeiro réu, Valdir José Zandonadi, tendo sido parte dessa área arrendada à autora, em 19 de abril de 2005, pelo prazo de 05 (cinco) anos (f.17/20), cujo vencimento foi prorrogado para 30 de abril de 2015 (f.20), com a devida averbação na certidão de matrícula, conforme f. 82 e seguintes.

O Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64) estabelece que

> [...] no caso de alienação do imóvel arrendado, o arrendatário terá preferência para adquiri-lo em igualdade de condições, devendo o proprietário dar-lhe conhecimento da venda, a fim de que possa exercitar o direito de perempção dentro de trinta dias, a contar da notificação judicial ou comprovadamente efetuada, mediante recibo (artigo 92, § 3º).

O § 4º do art. 92 da mencionada Lei estipula, ainda, que

> [...] o arrendatário a quem não se notificar a venda poderá, depositando o preço, haver para si o imóvel arrendado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar da transcrição do ato de alienação no Registro de Imóveis. [...].

Dessa forma, resta patente que o direito de preferência do arrendatário, em caso de alienação de imóvel rural, deve ser resguardado.

O Banco do Brasil interpôs ação de cobrança contra Valdir José Zandonadi e sua mulher, Anna Cláudia de Souza Zandonadi (cf. f. 33/38), esse proprietário do imóvel rural em questão, havendo constituição de crédito em favor do Banco, cuja execução de sentença culminou com a penhora, aos 10 de maio de 2007, do "lote 02, situado na fazenda Batalha do Bartolomeu, Altar e Borginho" (cf. auto de penhora, avaliação e depósito de f. 45), devidamente averbada no registro (f.92).

Não houve alienação, conforme se vê, mas sim ato judicial expropriatório em favor do Banco do Brasil.

A expropriação forçada, inerente ao procedimento executório, não deve ser confundida com a alienação do imóvel rural tratada no Estatuto da Terra, que garante ao arrendatário o direito de preferência.

Nesse sentido:

> Direito de preferência. Arrendamento rural. Contrato de parceria. Distinção. Alienação. Expropriação forçada. Perempção. Inexistência de ofensa. -O contrato de parceria destinada à utilização de pastos para engorda de gado não se confunde com o contrato de arrendamento rural, de modo que, consoante consolidado no STJ no primeiro não existe o direito de preferência a que se refere o Estatuto da Terra, caso pretenda o arrendador alienar a coisa. - A expropriação forçada oriunda de processo de execução é instituto distinto da alienação volitiva da coisa, de modo que naquela hipótese não há falar no direito de preferência de eventual arrendatário na aquisição do bem retirado de forma cogente do patrimônio do devedor. (TJMG - Apelação Cível 1.0528.08.008778-6/001, Relatora: Desª. Selma Marques, 11ª Câmara Cível, j. em 29.06.2011, p. em 08.07.2011).

O Banco do Brasil S/A sustenta, ao contestar o pleito, que, "vendeu para o 4.Requerido", Yoshihico Takahashi, e "através de cessão de créditos", a "dívida que os réus Sr. Valdir Zandonadi e Sra. Anna Cláuia de Souza Zandonadi tinham com o banco" (f. 164).

Com isto, afirma o Banco que "o 4. Requerido assumiu o polo Ativo da Ação de Execução, tendo todos os direito por lei admitidos para receber o valor da dívida" (f. 164).

Tais afirmativas foram corroboradas pelo réu Yoshihico Takahashi.

A cessão não se encontra nos autos, mas é certo que a referida substituição processual foi, inclusive, homologada pelo juízo competente, conforme se vê do documento anexado à f. 102.

Conforme bem esclareceu, na sentença, o ilustre julgador,

> [...] não há que se falar, como alega a autora, em necessidade de notificá-la do negócio jurídico, eis que o art. 290 do Código Civil estabelece apenas a obrigação de notificação do próprio devedor, e não de terceiros que tenham com ele alguma relação jurídica", acrescentando, também, que "a cessão de crédito envolve relação de direito pessoal e não de direito real, ainda que, no caso concreto, de forma reflexa, a cessão operada possa oportunizar ao cessionário adquirir um bem via expropriação judicial.

A cessão de crédito aventada tem origem em ato judicial expropriatório, e não pode ser confundida com a alienação de imóvel e, havendo intenção de adjudicação do bem, esta deve ser definida no juízo competente.

Não pode, portanto, a frustração da autora em adquirir o imóvel rural ser confundida com violação ao seu direito de preferência.

Não havendo condições essenciais ao exercício do direito de preferência, conduz-se, inevitavelmente, ao desacolhimento do pedido formulado na inicial.

Ademais, os vícios de consentimento que ensejam a anulação de negócios jurídicos devem ser comprovados, de forma segura e robusta, por quem os alega, inexistindo prova de que houve conluio para realizar uma suposta venda ao quarto réu.

Não há, sequer, comprovação da venda, inexistindo, quanto aos depoimentos testemunhais, esclarecimentos convincentes sobre a aquisição simulada das terras.

A testemunha Eduardo Elias Abrahim disse apenas que "ouviu na região de Guarda-Mor que o quarto réu havia feito um negócio jurídico com o primeiro réu para adquirir o imóvel arrendado" (f. 251).

Antônio José Maia Guimarães afirmou que "ouviu dizer de pessoas que o réu Valdir vendeu as terras para um japonês" (f. 252).

Tais afirmativas não asseguram a existência de conluio entre o Banco do Brasil e o réu Yoshihico Takahashi.

Incumbia à parte autora o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, na forma estipulada no item I do art. 373 do Código de Processo Civil.

Por consequência, não merece censura a sentença que julgou improcedente a declaração de nulidade do negócio jurídico, bem como improcedente o pedido cautelar, devendo a execução (autos nº 0470.01.000355-1) retomar a sua marcha processual.

Anoto inexistir qualquer pedido de danos morais, embora tenha sido ventilado no nome da ação.

A fixação da verba honorária, no caso em apreço, submete-se à regra insculpida no § 2º do art. 85 do Código de Processo Civil, a seguir transcrito:

> 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.

No caso em exame, não há condenação e o valor da causa é satisfatório, razão pela qual devem ser fixados os honorários advocatícios em 11% (onze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já considerada a fase recursal, devendo ser afastada a sentença, na parte em que condena o percentual de 10% (dez por cento) para cada um dos patronos, chegando ao montante de 30% (trinta por cento).

Com tais considerações, dou parcial provimento ao recurso apenas para fixar os honorários advocatícios a serem pagos pela autora em 11% (onze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já considerada a fase recursal.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator o Juiz de Direito Ferrara Marcolino e o Desembargador Américo Martins da Costa.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Cível - Ressarcimento ao erário - Servidora pública estadual - Realização de curso às expensas da administração - Reprovação em disciplinas - Inadimplemento - Constatação - Excludente de responsabilidade - Doença – Sinovite crepitante crônica da mão e do punho - Comprovação robusta - Ausência - Perícia médica - Realização por fisioterapeuta - Impossibilidade - Adimplemento substancial - Não caracterização.

- Por meio do Manual de Procedimentos para a Implementação do Plano de Desenvolvimento do Servidor, as entidades integrantes do Sistema Estadual de Meio Ambiente buscaram incentivar o aperfeiçoamento dos servidores que integram os seus quadros, possibilitando, inclusive, a utilização de verba pública para subsidiar a realização de cursos e especializações.

- Compete aos servidores concluírem os cursos de ensino custeados pela Administração Pública, sob pena de serem obrigados a ressarcir os valores desembolsados.

- Não há de se cogitar em afastamento da responsabilidade da servidora com base na alegação de enfermidade se não produzidas provas robustas a este respeito, notadamente se ausentes documentos capazes de evidenciar que a doença lhe acometia em período contemporâneo ao término da graduação.

- Reputa-se adequado desconsiderar as conclusões alcançadas por profissional da área de fisioterapia quando o objeto da perícia envolve o campo médico.

- O aproveitamento parcial do curso proporcionado à servidora estadual por meio de verba pública não autoriza a aplicação da teoria do adimplemento substancial, já que caberia a esta concluir a graduação providenciada pela Administração Pública em atendimento ao pedido daquela.

Apelação Cível nº 1.0699.13.003722-8/001 - Comarca de Ubá - Apelante: Agnesangela de Castro Martins Cancela - Apelado: Estado de Minas Gerais. Relatora: DES.ª ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 2 de maio de 2020. - Ângela *de Lourdes Rodrigues* - Relatora.

Voto

DES.ª ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES - Trata-se de recurso de apelação cível, interposto por Agnesângela de Castro Martins Cancela nos autos da "Ação Ordinária de Ressarcimento por Danos Materiais", proposta pelo Estado de Minas Gerais perante o MM. Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Ubá/MG, visando a reforma da sentença de f. 237/238, por meio da qual a pretensão exordial foi julgada procedente nos seguintes termos:

> [...] Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para condenar a parte ré no pagamento do valor de R$13.570,08 (treze mil, quinhentos e setenta reais e oito centavos), corrigido monetariamente a partir da data da propositura da ação, de acordo com os índices da Egrégia Corregedoria - Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incidindo juros de mora de 1% (art. 406 do Código Civil de 2002 c.c. art. 161, § 1° do CTN), a contar do trânsito em julgado.
>
> Condeno ainda a parte ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 15% (quinze porcento) sobre o valor da condenação, com base no art. 85, § 2° do Código de Processo Civil, corrigidos monetariamente a partir da data desta decisão, de acordo com os índices da Egrégia Corregedoria - Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incidindo juros de mora de 1% (um porcento) ao mês (art. 406 do Código Civil de 2002 c.c. art. 161, § 1° do CTN), a contar do trânsito em julgado.
>
> Todavia, suspendo a exigibilidade do pagamento das verbas sucumbenciais, com base no art. 98, § 3° do CPC/2015, eis que defiro à ré o benefício da assistência judiciária.
>
> Oportunamente, dê-se baixa e arquive-se. P.R.I. [...].

Em suas razões recursais de f. 240/244 sustenta a apelante que "se desincumbiu do seu encargo probatório e, consequentemente, demonstrou que não concluiu o curso, deixando de fazer uma única matéria, por problema de saúde".

Aduz que a primeira perícia constante nos autos deveria ter sido considerada, mesmo porque inexiste hierarquia entre os profissionais da fisioterapia e da medicina.

Assevera que "a aquisição de conhecimento, qualificação, é mais do que um diploma de conclusão de curso", pontuando que "a prevalecer a tese da sentença, todas as outras disciplinas cursadas pela apelante são inúteis".

Defende que o apelado não sofreu qualquer prejuízo, ressaltando que o conhecimento adquirido pela recorrente foi aplicado no âmbito do seu trabalho e em prol da Administração Pública.

Aponta ser claro que um fato imprevisível lhe impediu de concluir o curso, consignando que faltou bom senso à MM. Juíza de piso.

Deste modo, requer o provimento do recurso a fim de que a sentença seja reformada, reconhecendo-se a improcedência do pedido inaugural. Subsidiariamente, pede que seja reconhecido o inadimplemento mínimo, ou ainda, que o valor da condenação seja proporcionalmente reduzido segundo as matérias devidamente cursadas pela recorrente.

Inexigível o preparo, uma vez que a apelante litiga sob o pálio da gratuidade da justiça, conforme deferido na sentença recorrida.

Contrarrazões às f. 245/247, batendo o apelado Estado de Minas Gerais pelo desprovimento do recurso, aos fundamentos centrais de que o ressarcimento pretendido está em consonância com as normais legais de regência e que as provas constantes nos autos são insuficientes para respaldar a tese de inadimplemento involuntário defendido pela requerida.

O feito foi distribuído à minha relatoria (f. 249-v), vindo os autos sequencialmente conclusos.

É o sucinto relatório.

Conheço do recurso, porquanto satisfeitos os pressupostos de sua admissibilidade.

Ressalte-se que o apelo será analisado às luzes do Código de Processo Civil de 2015, que já vigorava quando da publicação da sentença.

E não havendo questões preliminares a serem apreciadas, procede-se ao exame do mérito recursal.

Mérito.

Situa-se a controvérsia em definir se deve ser mantida a sentença que condenou a requerida Agnesângela de Castro Martins Cancela ao pagamento da quantia de R$13.570,08 (treze mil, quinhentos e setenta reais e oito centavos), com atualização monetária e juros de mora correspondentes.

Pois bem.

Extrai-se dos autos que a demandada, servidora ocupante do cargo de Auxiliar Administrativo junto ao Instituto Estadual de Florestas (IEF/MG) requereu, em 03.03.2004, autorização especial para participar do Curso de Administração de Empresa promovido pela Faculdade Ubaense Ozanam Coelho (f. 06).

Por conseguinte, verifica-se que a Administração Pública e a servidora em questão firmaram Termo de Compromisso e Responsabilidade na mesma data alhures indicada, sendo autorizado a demandada Agnesângela de Castro Martins Cancela realizar, às expensas do erário, a graduação no curso em apreço no período de fevereiro/2004 a dezembro/2007 (f. 07/08).

Em vista da informação de que alguns servidores da Administração Pública não teriam concluído os cursos de educação superior, houve a instauração do competente processo administrativo (f. 82/87).

Providenciada a notificação formal da servidora Agnesângela de Castro Martins Cancela para ressarcir o erário em relação aos valores desembolsados, conforme Nota Técnica da Unidade Integrada de Auditoria do Sistema Estadual de Meio Ambiente de nº 1370.4585.11 (f. 91/95), a mesma permaneceu inerte, o que ensejou no ajuizamento da presente ação.

Concatenados os atos processuais pertinentes, nos quais se incluem a citação regular, o oferecimento de contestação e a realização de prova técnica, o pleito inicial foi julgado procedente, do que recorre a servidora demandada.

Feito este breve introito, antecipa-se que a insurgência recursal não merece prosperar.

Por meio da Resolução SEMAD/IEF/FEAM/IGAM de n° 682, de 14 de novembro de 2007, foi aprovado o Manual de Procedimentos para a Implementação do Plano de Desenvolvimento do Servidor - PADES, cujo inteiro teor pode ser acessado em http://www.semad.mg.gov.br/images/stories/servidores/pades/manual.pdf.

Neste sentido, o referido manual cria diretrizes para o aprimoramento da qualificação técnico-científica do corpo de servidores do Sistema Estadual de Meio Ambiente, no qual se inclui o Instituto Estadual de Florestas de Minas Gerais.

Tais normas de regência são claras em incentivar o aperfeiçoamento dos servidores que integram o quadro do IEF/MG, possibilitando, inclusive, a utilização de verba pública para subsidiar a realização de cursos e especializações.

Já no que se refere às obrigações dos servidores em questão, destacam- se as seguintes:

> 7.2. Servidor:
>
> 7.2.2. Encaminhar à Superintendência de Desenvolvimento de Recursos Humanos o comprovante de frequência emitido pela Secretaria da Instituição de Ensino, sob pena de perda do benefício e restituição das parcelas pagas, sem prejuízo da pena disciplinar cabível, observada a periodicidade de cada curso e normas da instituição de ensino.
>
> 7.2.5 No caso de desistência ou reprovação do servidor nos cursos de pós- graduação, mestrado ou doutorado, a responsabilidade dos custos desembolsados pelos órgãos/entidades do SISEMA será do servidor, que deverá restituí-los ao órgão/entidade que desembolsou os recursos para este fim, observada a legislação vigente.

Nesse viés, compete aos servidores concluírem os cursos de ensino custeados pela Administração Pública, sob pena de serem obrigados a ressarcir os valores desembolsados.

Com efeito, a quantia despendida pelos órgãos públicos para potencializar o grau de estudo dos seus servidores não pode ser tratada como mera doação, devendo ser compreendida como um investimento que exige o desenlace bem-sucedido do curso.

Sob tal ângulo, a aprovação nos cursos e especializações pagos com dinheiro público não se revela nada abusiva ou desproporcional, mesmo porque o estudante tem a incumbência de alcançar as notas e frequência mínimas em todas as disciplinas que compõem a grade curricular que ele já tinha plena ciência.

Mutadis mutandis, oportuna a transcrição da análise feita pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes em caso que envolvia ressarcimento ao erário pela ausência de conclusão de doutorado no exterior realizado às custas do CNPQ (Agravo Interno em Mandado de Segurança de nº 31068/DF):

> [...] As bolsas concedidas não são doações, elas são investimentos na educação do País, e esse investimento exige tão somente uma coisa: a conclusão do curso. Então, não é uma doação para que a pessoa opte em concluir, ou não, o curso; é um dinheiro público que poderia, ou poderá, em outros casos, ser investido em outras pessoas; é um dinheiro público com uma única obrigação, a conclusão do curso. [...] (MS 31068 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 27.06.2017, Processo Eletrônico *DJe*-182, DIVULG 17.08.2017, PUBLIC 18.08.2017).

In casu, verifica-se ser incontroverso que a apelante não concluiu o curso de bacharelado em Administração, não obtendo aprovação em 01 (uma) das disciplinas de Estágio Supervisionado e em nenhuma das 02 (duas) matérias relacionadas ao Trabalho de Conclusão de Curso, conforme se infere dos históricos escolares colacionados às f. 124 e 227.

Neste contexto, depreende-se do processado que a apelante não logrou êxito em comprovar que a conclusão da graduação em apreço tenha se dado por fato completamente alheio à sua vontade. Ocorre que os documentos juntados com a contestação retratam a doença sofrida pela apelante (Sinovite crepitante crônica da mão e do punho) nos anos de 2010 a 2012, ou seja, pelo menos há mais de 02 (dois anos) anos após o período no qual esta deveria ter concluído o curso de Administração pago pelo ente público perante a Faculdade Ubaense Ozanam Coelho (dezembro do ano de 2007).

Portanto, caberia à requerida comprovar a enfermidade por ela alegada em período contemporâneo ao lapso temporal referente à conclusão da graduação, objeto da demanda, ônus do qual não se desincumbiu de forma satisfatória. A este respeito, conclui o Perito Oficial:

> [...] Conclusão.
>
> Perícia inconclusiva para data pregressa por insuficiência documental médica para caracterizar diagnóstico e incapacidade; para a data atual consideram-se os sinais clínicos de fibromialgia [...] (f. 197-v.).

E ainda que assim não o fosse, constata-se que o Perito Oficial constou que a doença acometida pela requerida não caracterizaria incapacidade parcial ou total, não podendo a apelante, desta forma, socorrer-se à alegação de que não finalizou o curso em decorrência do seu quadro de saúde. Aliás, conforme também bem ponderado na origem, inexistiria qualquer óbice para que um terceiro auxiliasse a recorrente com a digitação do seu Trabalho de Conclusão de Curso, reputando-se patente que o trabalho intelectual permaneceria de sua lavra.

Diferentemente do que tenta induzir a apelante em suas razões recursais, percebe-se que o MM. Juízo Singular não recomendou a terceirização do seu trabalho de monografia, constando tão somente que existiriam meios lícitos para que a recorrente pudesse concluir o seu TCC.

Também é interesse anotar que a apelante obteve a nota de 5 (cinco) pontos em uma das disciplinas de Estágio Supervisionado e foi aprovada com a nota mínima (60 pontos) em outra, o que corrobora com a tese de possível desinteresse por parte da requerida em finalizar o curso de Administração em questão.

De outra banda, diversamente do que argumenta a apelante, a perícia judicial realizada às f. 160/164 não merece ser considerada por esta Instância Revisora, conforme nulidade reconhecida na origem por intermédio da decisão de f. 166.

Isso porque a prova pleiteada pela requerida na fase de especificação concreta (f. 135) e deferida pelo MM. Juízo Singular (f. 136) foi de perícia médica, a qual não se insere nas atribuições dos profissionais da área de fisioterapia.

Outrossim, as conclusões apresentadas por profissional sem formação médica e credenciamento perante o Conselho de Medicina, ainda que qualificado em área de grande relevância, não podem ser levadas em conta, porquanto a aferição da incapacidade sustentada pela recorrente não se inclui nas competências dos fisioterapeutas.

Adotando a mesma linha de raciocínio, tem-se:

> Apelação cível. Ação de cobrança. Seguro obrigatório DPVAT. Laudo pericial. Fisioterapeuta. Invalidade. Necessidade perícia por médico especializado. - A perícia médica deve ser realizada por profissional médico habilitado. Tratando-se de lesão ortopédica, o grau de invalidez deve ser aferido por perito médico especialista e não por profissional de fisioterapia, devendo a sentença primeva ser cassada para que seja realizada nova prova pericial (TJMG - Apelação Cível nº 1.0249.13.000685-4/001, Rel. Des. José Augusto Lourenço dos Santos, 12ª Câmara Cível, j. em 09.05.2018, p. da súmula em 15.05.2018).

Por outro lado, revela-se evidente o prejuízo ocasionado à Administração Pública Estadual, que expendeu valores consideráveis para viabilizar que uma de suas servidoras alcançasse maior qualificação, não tendo a mesma, contudo, concluído a graduação por ela escolhida.

Noutro giro, a tese de inadimplemento mínimo não comporta guarida, pois, como já dito, a finalização do curso era obrigação imposta à apelante pelo Manual de Procedimentos para a Implementação do Plano de Desenvolvimento do Servidor, mostrando-se irrelevante o fato de esta ter cursado a maioria das matérias da grade do curso de bacharelado em Administração quitado pela Administração.

Ora, não há de se cogitar na caracterização da figura do adimplemento substancial, porquanto a reprovação em quaisquer das matérias cursadas inviabilizaria a conclusão do curso de graduação.

E o mesmo raciocínio se aplica em relação ao pleito subsidiário de redução do valor da condenação segundo as disciplinas concluídas, já que o aproveitamento parcial do curso em nada mitiga ou afasta a responsabilidade da apelante pela não conclusão da graduação que lhe foi proporcionada por meio do dinheiro público.

Em caso análogo já decidiu o egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

> Administrativo servidor público. Graduação. Bolsa de estudos. Ausência de conclusão do curso. Ressarcimento ao erário. - No caso posto sob análise, a parte autora deve ressarcir ao erário os valores recebidos a título de bolsa de estudos (graduação), uma vez que restou caracterizada a sua desistência do curso e configurada situação que se enquadra em hipótese prevista em regulamento de ressarcimento, não se mostrando razoável que a Administração Pública arque com o prejuízo em questão, tratando-se de verba destinada à qualificação profissional adicional do servidor em que não houve a contrapartida, no caso, a conclusão do curso. (TRF4, AC 5045567-98.2016.4.04.7100, Quarta Turma, Rel. Cândido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 09.06.2017).

Portanto e ante a insubsistência das teses recursais, impõe-se o desprovimento do recurso.

Conclusão.

Assim, diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença tal como bem lançada.

Por força do disposto no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios em 2% (dois por cento), totalizando 17% (dezessete por cento) sobre o valor da condenação.

Custas recursais pela apelante.

Ressalvo que a cobrança dos ônus da sucumbência impostos à apelante fica com sua exigibilidade suspensa, nos termos do disposto no art. 98, § 3°, do CPC/2015.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora o Desembargador Carlos Roberto de Faria e o Juiz de Direito convocado Fábio Torres de Sousa

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO

Apelação Cível - Ação regressiva - Contrato de filiação de lojista e de prestação de serviços - Inscrição indevida nome consumidora - Responsabilidade concorrente entre estabelecimento comercial e instituição financeira - Recurso parcialmente provido.

- Havendo o interesse comum da empresa e da instituição financeira na concretização da venda e compra dos produtos disponibilizados pelo estabelecimento comercial, inafastável a responsabilidade de todos os envolvidos no negócio jurídico em caso de dano causado à consumidora, não se mostrando justo imputar apenas à empresa ou à instituição financeira o prejuízo decorrente da irregularidade verificada no negócio, devendo, portanto, as despesas com a condenação judicial que recaíram somente sobre o estabelecimento comercial ser repartidas de modo equânime com a instituição financeira parceira, que deixou de agir sem o zelo necessário.

Apelação Cível nº 1.0056.14.004768-1/001 - Comarca de Barbacena - Apelante: Atacadão do Ferro LTDA - Apelado: Banco Cacique S.A., Cacique Promotora de Vendas LTDA. Relator: DES. MARCOS HENRIQUE CALDEIRA BRANT.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2020. - *Marcos Henrique Caldeira Brant* - Relator.

Voto

DES. MARCOS HENRIQUE CALDEIRA BRANT - Trata-se de apelação interposta por Atacadão do Ferro LTDA., em face da sentença (documento eletrônico 14) proferida pela MM.ª Juíza de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Barbacena, que, nos autos da "ação de ressarcimento/devolução" ajuizada contra Cacique Promotoria de Vendas LTDA., julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, condenando o autor ao pagamento das custas processuais, e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Nas razões (documento eletrônico 17), o autor/apelante alega, em síntese: a) que em razão da negativação indevida do nome de uma cliente, realizada pelo réu/apelado, foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais; b) que pelos princípios da responsabilidade civil, aquele que causar dano a outrem, por dolo, ação ou omissão, fica obrigado a repará-lo.

Requer a reforma da sentença para que sejam julgados procedentes os pedidos formulados na exordial.

Não foram apresentadas contrarrazões recursais. É o relatório. Decido.

Conheço da apelação, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Compulsando os autos verifica-se que as partes firmaram contrato de filiação de lojista e de prestação de serviços, no qual o réu/apelado se comprometeu a promover, através de sua carteira de crédito, financiamento e investimento, o financiamento a consumidores finais, necessários à aquisição pelos mesmos consumidores finais de produtos comercializáveis pelo autor/apelante, por intermédio de sua loja.

Em razão da inscrição indevida do nome de uma consumidora nos cadastros de restrição ao crédito, o autor/apelante foi condenado nos autos de nº 0006735-92.2010.8.13.0056, que tramitou perante o 2º Juizado Especial da Comarca de Barbacena, a pagar R$10.472,00 (dez mil quatrocentos e setenta e dois reais) de indenização por danos morais.

O autor/apelante, entendendo que a culpa pela negativação indevida do nome da consumidora foi exclusivamente da instituição financeira, ajuizou a presente demanda pretendendo ser ressarcida do prejuízo causado com a condenação que lhe recaiu.

As contratações realizadas pela consumidora com o autor/apelante e com o réu/apelado, embora possuam natureza e regras distintas, foram realizadas simultaneamente e possibilitaram que tanto o estabelecimento comercial quanto a instituição financeira obtivessem lucro, eis que a cliente interessada nos produtos disponibilizados pelo autor/apelante já tinha à sua disposição, no próprio comércio, toda a facilidade na obtenção do empréstimo almejado.

O que existe entre as empresas é uma parceria, sendo facultado ao banco alocar seus agentes dentro do estabelecimento do próprio lojista, sendo certo que a consumidora lesada só chegou ao réu/apelado através do autor/apelante, e porque tinha a intenção de adquirir um produto por ele ofertado.

Assim, não há dúvidas de que o autor/apelante é responsável pelos danos causados à consumidora, eis que deveria ter escolhido melhor seus parceiros, rendendo ensejo à *culpa in eligendo*, tal como asseverado pela Magistrada primeva.

Todavia, não se pode olvidar que a inscrição indevida foi realizada pelo réu/apelado, esclarecendo a testemunha arrolada (documento eletrônico nº 12) que o autor/apelada inclusive tentou, sem lograr êxito, interceder junto ao banco para a retirada do nome da consumidora dos cadastros de restrição ao crédito.

Portanto, havendo o interesse comum da empresa e da instituição financeira na concretização da venda e compra dos produtos disponibilizados pelo autor/apelante, inafastável a responsabilidade de todos os envolvidos no negócio jurídico em caso de dano causado à consumidora, não se mostrando justo imputar apenas à empresa ou à instituição financeira o prejuízo decorrente da irregularidade verificada no negócio.

Destarte, o melhor entendimento é o de que a responsabilidade decorrente da inscrição indevida do nome da consumidora seja imputada solidariamente a ambas as partes, devendo o réu/apelado

ficar responsável por 50% (cinquenta por cento) dos débitos que recaíram unicamente sobre o autor/apelante nos autos que tramitaram perante o Juizado Especial.

Nesse sentido já se manifestou este Tribunal de Justiça:

> Ação de cobrança regressiva. Contrato de filiação de lojista/prestador de serviços. Abusividade de cláusulas que importam em desequilíbrio na distribuição de responsabilidades entre o banco e empresas parceiras, isentando a instituição financeira. Danos decorrentes de condenação judicial apenas do banco pela venda e financiamento efetivados a um falsário. Responsabilidade concorrente do banco e do estabelecimento. Recurso parcialmente provido. - No Contrato de Filiação de Lojista, é vedado ao banco transferir para o seu cliente/parceiro todo o risco da atividade fim, angariando o bônus da concessão de crédito e os encargos a ele atrelados e, por seu turno, esquivando-se do ônus de, eventualmente, sofrer intempéries com fraudes e inadimplementos. - A falsificação da assinatura na concessão de um financiamento é um risco também inerente à atividade bancária, sendo que a instituição financeira detém muito mais instrumentos que o próprio lojista para aferir se há algo de errado com a pessoa ou documentos do tomador. - *In casu*, o mais justo é que as despesas com a condenação judicial que recaíram apenas sobre o Banco sejam repartidas de modo equânime com as apeladas, que deixaram de observar o contrato e agiram sem o zelo necessário (Apelação cível n° 1.0024.14.226012-4/001, Rel. Des. Sérgio André da Fonseca Xavier, p. da súmula em 05.07.2016).

Deverá o réu/apelado, portanto, ficar responsável pela metade dos gastos despendidos pelo autor/apelante, corrigidos monetariamente desde o desembolso pela tabela divulgada pela CGJ/TJMG e com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, contados da data da citação.

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação interposta, para condenar o réu/apelado ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) do valor despendido pelo autor/apelante na ação judicial movida por Liliane Cristina Rezende Ferreira no Juizado Especial de Barbacena (autos n° 0006735-92.2010.8.13.0056), devidamente atualizado pelos índices divulgados pela CGJ/TJMG desde a data do desembolso, acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, contados da data da citação.

Custas processuais e recursais 50% (cinquenta por cento) para cada parte, honorários advocatícios fixados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação, a serem pagos na mesma proporção acima delineada (50% para cada litigante).

Votaram de acordo com o Relator os Desembagadores Otávio de Abreu Portes e José Marcos Rodrigues Vieira

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Cível - Ação de Cobrança - Direitos autorais - ECAD - Cobrança sobre quartos de hotel - Possibilidade - Cobrança em duplicidade - Inexistência.

- A Constituição Federal assegura aos autores o direito sobre sua obra, bem como lhes garante a participação nos proveitos econômicos dela decorrentes, nos termos do art. 5º, inciso XXVII e XXVIII.

- A Lei nº 9.610/98, ao regulamentar os direitos autorais, destaca ser necessária a autorização do autor ou titular da obra para a utilização desta em espaço público, nos quais se inserem os hotéis, a teor do art. 68, § 3º.

- É devida a cobrança de direitos autorais em razão da disponibilização, em quartos de hotéis, de aparelhos de radiodifusão sonora ou televisiva, sendo irrelevante eventual recolhimento feito pelas empresas transmissoras do sinal de TV, uma vez que o fato gerador é diverso.

Apelação Cível nº 1.0000.20.005240-5/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: Leonardo Rivadavia Amaral Machado EPP - Apelado: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ECAD. Relator: ROBERTO APOLINÁRIO DE CASTRO (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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de novembro de 2020. - *Roberto Apolinário de Castro* - Relator.

Voto

ROBERTO APOLINÁRIO DE CASTRO (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO).- Trata-se de recurso de apelação, interposto por Leonardo Rivadavia Amaral Machado EPP contra a sentença de documento de ordem 63, proferida nos autos da "ação de cumprimento de preceito legal c.c. perdas e danos" ajuizada pelo apelado, Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ECAD, via da qual o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Divinópolis julgou procedentes os pedidos iniciais, para condenar o réu/apelante ao pagamento das retribuições autorais devidas ao autor/apelado desde 28.12.2013, vencidas e vincendas até a data do respectivo pagamento, com correção monetária e juros de mora a partir de cada utilização desautorizada, valor a ser apurado em liquidação, de acordo com a taxa média de utilização dos equipamentos, bem como para condenar o réu/apelante a interromper a reprodução de obras musicais, lítero-musicais, fonogramas e afins, até efetiva regularização junto ao autor/apelado. Antecipou os efeitos da tutela para determinar que o réu/apelante suspenda a reprodução das obras em violação ao direito de seus titulares, até devida regularização, sob pena de multa diária de R$1.500,00 (mil e quinhentos reais), limitada a R$15.000,00 (quinze mil reais).

Condenou, por fim, o réu/apelante ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários de sucumbência, arbitrados em 12,5% (doze e meio por cento) sobre o valor da condenação.

Inconformado, o apelante afirma que houve indevida inversão do ônus da prova no caso, uma vez que afirmou em sua contestação que não possuía sistema de sonorização ambiente em suas dependências, não havendo como fazer prova de fato negativo.

Afirma que se a causa de pedir era a reprodução radiofônica de músicas em suas dependências, caberia ao autor/apelado a prova disso, nos termos do art. 373, I, do CPC, o que não ocorreu, devendo ser julgado improcedente o pedido inicial.

Sustenta inexistir qualquer forma de reprodução de obras musicais em suas dependências comuns ou unidades de uso individual, não necessitando, assim, de qualquer autorização para reprodução de obras musicais, nem de repassar valores ao autor/apelado.

Alega que a disponibilização de aparelhos de televisão ou rádios relógios nos aposentos destinados aos hóspedes não ensejam a necessidade de autorização de reprodução de obras musicais, pois não são ambientes de domínio público ou acesso comum e a efetiva utilização depende da exclusiva opção do ocupante.

Afirma que a procedência do pedido inicial ensejaria cobrança em duplicidade, tendo em vista a taxação já existente de transmissão aberta e pública.

Requer que seja dado provimento ao recurso, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido inicial, com a consequente inversão dos ônus sucumbenciais.

Preparo no documento de ordem 67.

Contrarrazões recursais apresentadas pelo apelado no documento de ordem 70, defendendo a manutenção da sentença.

Relatado, examino e ao final, decido.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia em se apurar se é possível a cobrança de valores referentes a direitos autorais em decorrência da execução de obras musicais, litero-musicais e fonográficas por televisão e rádio em quarto de hotéis.

A Constituição Federal assegura aos autores o direito sobre sua obra, bem como lhes garante a participação nos proveitos econômicos dela decorrentes:

> Art. 5º [...]
>
> XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

> XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:
>
> a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
>
> b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

O art. 99 da Lei nº 9.610/98, por sua vez, a fim de conferir efetividade ao referido direito constitucional, atribui a um único ente, com personalidade jurídica própria, a arrecadação e distribuição dos direitos patrimoniais sobre as obras musicais e litero-musicais e de fonogramas, veja:

> Art. 99. A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B.
>
> [...]
>
> § 2º O ente arrecadador e as associações a que se refere este Título atuarão em juízo e fora dele em seus próprios nomes como substitutos processuais dos titulares a eles vinculados.
>
> [...]
>
> § 9º O ente arrecadador cobrará do usuário de forma unificada, e se encarregará da devida distribuição da arrecadação às associações, observado o disposto nesta Lei, especialmente os critérios estabelecidos nos §§ 3º e 4º do art. 98.

Logo, é inequívoca a legitimidade do autor/apelado para cobrar do réu/apelante o valor devido referente à execução pública de obras musicais.

De igual modo, a Lei nº 9.610/98, ao regulamentar os direitos autorais, destaca ser necessária a autorização do autor ou titular da obra para a utilização desta em espaço público, nos quais se inserem os hotéis, a teor do art. 68, § 3º, nos seguintes termos:

> Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.
>
> [...]
>
> § 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.
>
> § 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração

> direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.
>
> § 4º Previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central, previsto no art. 99, a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais.

Como visto, o parágrafo terceiro do mencionado artigo dispõe expressamente que hotéis e motéis são considerados locais de frequência coletiva, de forma que tais estabelecimentos necessitam de autorização para reprodução de obras musicais.

Assim, a jurisprudência manifesta-se pela possibilidade da cobrança de direitos autorais em razão da disponibilização, em quartos de hotéis, de aparelhos de radiodifusão sonora ou televisiva.

Veja julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça:

> Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Ação de cumprimento de preceito legal cumulada com perdas e danos. Cobrança de direitos autorais pelo ECAD. Televisores e rádios. Disponibilização em quartos de hotéis, motéis ou pousadas. Exploração de obras artísticas. Possibilidade. Matéria pacificada pela eg. segunda seção desta corte. Manutenção integral da decisão agravada. Incidência da multa prevista no art. 1.021, §§ 4º e 5º, do CPC. Recurso não provido, com imposição de multa. 1. Aplicabilidade do NCPC a este recurso ante os termos no Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 09.03.2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. A segunda seção deste sodalício firmou o entendimento de que são devidos direitos autorais pelo uso de aparelhos televisores ou radiofônicos em quartos de hotéis, motéis ou pousadas. Precedentes. 3. Não sendo a linha argumentativa apresentada pelos agravantes capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos. 4. Em virtude do não conhecimento do presente recurso, e da anterior advertência em relação a aplicabilidade do NCPC, aplica-se ao caso a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do NCPC, no percentual de 3% (três porcento) sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º daquele artigo de lei. 5. Agravo interno não conhecido, com imposição de multa (AgInt no AREsp 1185519/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. em 22.03.2018, *DJe* de 04/04/2018).
>
> Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. ECAD. Aparelhos de rádio e televisão disponibilizados em quartos de hotel. Cobrança devida. Honorários advocatícios. Critério de fixação. Condenação sem conteúdo econômico imediato. Art. 20, § 4º, do CPC/1973. Agravo desprovido. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça delineia que, não havendo um valor certo e definitivo de condenação, não há uma base de cálculo líquida sobre a qual deva incidir a verba honorária, o que torna inviável, além de injusta, a fixação dos honorários nos termos do art. 20, § 3º, do CPC/1973, mostrando-se mais adequada a determinação dessa verba honorária por meio de apreciação equitativa, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/1973. 2. Na hipótese dos autos, foi dado provimento ao recurso especial interposto pela agravante para julgar procedente o pedido e condenar a recorrida ao pagamento de direitos autorais relativos à disponibilização de televisores e rádios dentro dos quartos de hotéis, devendo a quan-

> tia ser apurada em liquidação de sentença. 3. Assim, os honorários advocatícios podem ser arbitrados em percentual sobre o valor da causa, sendo adequada a sua fixação em valor equivalente a 20% (vinte por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/1973. 4. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt nos EDcl no REsp 1347873/RS, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 22.08.2017, *DJe* de 13.09.2017).

No mesmo sentido posiciona-se a jurisprudência deste Tribunal Estadual:

> Apelação cível. Arrecadação de direitos autorais. Coisa julgada. Preliminar afastada. Cerceamento de defesa não configurado. ECAD. Setor hoteleiro. Obrigação reconhecida. 1. A matéria atinente à preliminar de coisa julgada, em razão da ação de cobrança anterior, já foi afastada. As questões de ordem pública, arguíveis a qualquer momento e grau de jurisdição, também se submetem aos efeitos da coisa julgada. A prova é destinada à formação do convencimento do julgador, como prevê o art. 370 do atual CPC. 2. Na hipótese, tem-se entendimento firmado que a disponibilização de aparelhos radiofônicos e, ou, televisores em quartos de hotéis permite a cobrança pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD dos direitos autorais. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0384.15.006592-6/001, Rel. Des. Rogério Medeiros, 13ª Câmara Cível, j. em 12.12.2019, p. da súmula em 17.12.2019).
>
> Apelação. Ação de cumprimento de preceito legal. Perdas e danos. Direitos autorais. ECAD. Rádio e televisão. Disponibilização em quartos de hotel. Cobrança devida. Lei nº 9.610/98. Lei nº 11.771/2008. Fatos geradores distintos. Inexistência de *bis in idem*. Multa moratória prevista em regulamento. Ausência de previsão legal. Parcelas vincendas. Valor devido. Apuração em liquidação de sentença. Taxa média de utilização. - É devida a cobrança de direitos autorais, em razão da disponibilização de rádio e televisão em quartos de hotel. Independentemente de se tratar de disponibilização de televisão por assinatura (televisão fechada) ou televisão por sinal aberto, é devido o recolhimento dos direitos autorais pelo hotel, salvo se a prestadora de televisão se responsabilizar pela arrecadação, o que, no presente caso, não restou comprovado. Em casos tais, de acordo com a jurisprudência do STJ, não há ocorrência de *bis in idem*, de modo que as disposições da Lei nº 11.771/2008 não conflitam com a Lei nº 9.610/1998, vez que são diplomas legais com âmbito de incidência diverso (AgInt no AREsp 802.891/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 22.08.2017, *DJe* de 29.08.2017). A aplicação da multa moratória prevista no regulamento do ECAD não encontra nenhum suporte legal, sendo certo que sua imposição é considerada ilícita pela jurisprudência. De acordo com o enunciado da Súmula nº 261/STJ, "a cobrança de direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas, em estabelecimentos hoteleiros, deve ser feita conforme a taxa média de utilização do equipamento, apurada em liquidação" (TJMG - Apelação Cível nº 1.0035.15.008616-9/002, Rel.ª Des. Cláudia Maia, 14ª Câmara Cível, j. em 14.11.2019, p. da súmula em 25.11.2019).

Embora tenha o réu/apelante afirmado que o autor/apelado não comprovou a existência de sistema de sonorização ambiente em suas dependências, está sendo discutida a existência de televisões dentro dos quartos e essa existência ele mesmo confessa em suas alegações, bem como se comprova do sítio eletrônico dele (http://excellencecomforthotel.com.br/).

Também não se verifica a alegada cobrança em duplicidade, uma vez que o fato gerador da empresa exploradora de serviço de hotelaria é a captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva (quartos de hotel) que difere do fato gerador da obrigação da empresa prestadora dos

serviços de transmissão de sinal de TV que é a própria radiodifusão sonora ou televisiva, conforme se depreender da jurisprudência do STJ:

> Processual civil. Agravo interno em recurso especial. Ação de descumprimento de preceito legal c.c. Perdas e danos. ECAD. Direitos autorais. Quartos de hotel. Tv por assinatura. Cobrança. Legalidade. Inexistência de *bis in idem*. Fatos geradores diversos. 1. Ação de descumprimento de preceito legal c.c. perdas e danos. 2. Na cobrança de direitos autorais por suposta utilização não autorizada de obra artística, não se pode confundir a obrigação da empresa exploradora do serviço de hotelaria com a obrigação da empresa prestadora dos serviços de transmissão de sinal de TV por assinatura, pois resultam de fatos geradores distintos, a saber: i) a captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva (quartos de hotel); ii) a radiodifusão sonora ou televisiva em si. Dessa forma, não há falar, em casos tais, na ocorrência de *bis in idem*. Súmula n° 568/STJ. 3. Agravo interno não provido (AgInt no REsp 1702462/PR, Rel.ª Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 08.04.2019, *DJe* de 10.04.2019).

Desse modo, entendo que não assiste razão ao recorrente, pois é devida a cobrança efetuada pelo ora apelado, devendo ser mantida a sentença.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais pelo apelante. Majoro os honorários de sucumbência fixados em primeiro grau para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11 do CPC.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Claret de Moraes e Jaqueline Calábria Albuquerque.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Cível - Obrigação de fazer - Informações dos criadores de perfis anônimos - Procedência – Irresignação- Desproporcionalidade da medida - Liberdade de expressão- Inexistência de violação a princípios constitucionais - Perfis anônimos criados especialmente para denegrir a imagem da instituição de ensino e de seus alunos - Dados fornecidos - Suficiência para identificação dos responsáveis - Ônus sucumbenciais - Imposição -Necessidade - Manutenção.

- A liberdade de pensamento, prevista no art. 5º, inciso IV, da CR, veda o anonimato e é limitada pelo próprio sistema normativo em que está inserida, a fim de se assegurar o direito à integridade da honra e à imagem das pessoas naturais ou jurídicas. A determinação de exclusão integral de perfis anônimos criados para denegrir as imagens da instituição de ensino e dos seus alunos não é desproporcional; aliás, afigura-se própria e consentânea, pois cuida-se de "perfil anônimo" e com finalidade espúria. Tendo em vista a irresignação no que respeita ao pleito inicial, inclusive com defesa de manutenção dos "perfis anônimos" por conta de uma suposta liberdade de expressão, impositiva a condenação nos ônus sucumbenciais, em atenção ao princípio da causalidade. Recurso não provido.

Apelação Cível nº 1.0000.20.005485-6/004 - Comarca de São Lourenço - Apelante: Twitter Brasil Rede de Informação Ltda - Apelado: Sistema Laser de Ensino Ltda – EPP. – Relator: Des. Manoel dos Reis Morais.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 09 de dezembro de 2020. - *Manoel dos Reis Morais.*- Relator.

Voto

DES. MANOEL DOS REIS MORAIS - Twitter Brasil Rede de Informação Ltda apela da sentença proferida nos autos da ação de indenização, proposta por Sistema Laser de Ensino Ltda - EPP, que acolheu a pretensão inicial nos seguintes termos (ordem nº 65):

Posto isso e tudo mais que dos autos consta, julgo procedentes os pedidos formulados que a instituição de ensino Sistema Laser de Ensino Ltda - EPP formulou em face de Twitter Brasil Rede de Informação Ltda, nos termos do art. 487, I, do CPC, para determinar ao requerido a exclusão inte-

gral dos perfis @profealunos e @junqrm, bem como o fornecimento de todos os dados cadastrais informados pelos usuários e os registros de acesso (IPs, data e hora), dos 06 (seis) meses anteriores à propositura da ação, sob pena de multa diária de R$1.000,00 (mil reais), limitado em R$50.000,00 (cinquenta mil reais).

Condeno o Réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) do valor atribuído à causa.

Em suas razões o apelante informa que a conta @junqrm encontra-se indisponível para acesso da plataforma, de forma que eventuais conteúdos por ela veiculados já não se encontram disponíveis. Esclarece que, em cumprimento à ordem de fornecimento de dados constante da sentença, acostou aos autos todos os dados que possui, relativos aos usuários indicados que se encontram atualmente disponíveis nos servidores das Operadoras do Twitter. No mérito, alega que a remoção integral do perfil certamente violará dispositivos constitucionais, bem como a legislação infraconstitucional relativa à matéria, revelando-se nitidamente desproporcional, sob o ponto de vista dos direitos envolvidos. Defende que a ordem imposta configura claro exemplo de censura prévia. Aduz que, nos termos do § 1º do art. 19 da Lei nº 12.965, de 2014, a ordem de remoção dos conteúdos deve indicar clara e especificamente o conteúdo ilícito, o que reforça a desproporcionalidade da ordem de remoção integral dos perfis. Argumenta que, acaso se entenda que não houve o integral cumprimento da ordem de fornecimento de dados, entende que a sentença lhe impôs obrigação cujo cumprimento não se revela possível e não encontra respaldo na legislação específica vigente. Defende que os únicos elementos a serem obrigatoriamente coletados e preservados por determinados provedores de aplicação de internet são os "registros de acesso a aplicações de internet". Colaciona trecho de jurisprudência, no sentido de que o fornecimento de IP (acompanhado de data, horário e fuso horário) utilizado para o cadastramento da conta vem sendo reputado compatível com o dever de diligência média que se espera dos provedores de aplicação de Internet. Reforça já ter fornecido todos os dados disponíveis dos usuários @profealunos e @junqrm existentes em seus registros e que tais dados são suficientes para identificação dos usuários, o que satisfaz por completo a obrigação que lhe imposta. Sustenta que a imposição de cumprimento de obrigação impossível viola princípio fundamental do Direito. Esclarece que, para localizar o provedor de acesso à Internet utilizado pelo usuário em questão e obter informações adicionais a seu respeito, é necessário que a apelada realize busca no *site* https://registro.br/2/whois a partir dos endereços de IP já fornecidos. Por último, entende que a sentença também merece reforma no que tange à condenação ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, tendo em vista que a necessidade de ajuizamento da demanda não decorreu de conduta ilícita sua, mas da necessária observância à disciplina legal.

Informa não ter resistido injustificadamente à pretensão inicial a justificar sua condenação nos ônus da sucumbência. Requer a reforma parcial da sentença para afastar a obrigação de remover integralmente os perfis indicados; a obrigação de fornecimento de dados cadastrais; e, ainda, a condenação ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios (ordem nº 74).

Preparo regular (ordens nº 75-76).

Contrarrazões pela rejeição do recurso contrariado e majoração dos honorários sucumbenciais impostos ao recorrente para 20% (vinte por cento) do valor atribuído à causa (ordem nº 83).

Posteriormente, foi apresentada petição de oposição a julgamento virtual (ordem nº 84) e, de contínuo, determinada a inclusão do processo em pauta de julgamento presencial (videoconferência).

É o Relatório.

Admissibilidade

Recurso próprio, tempestivo e adequado. Portanto, deve ser conhecido e recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (CPC/15, arts. 1.011, II e 1.012).

Mérito

A controvérsia recursal diz respeito à possibilidade de reforma parcial da sentença para afastar a imposição de remoção integral dos perfis indicados pelo apelado, à obrigação de fornecimento de dados cadastrais e, ainda, aos ônus da sucumbência.

Remoção integral dos perfis

O apelante alega que a remoção integral dos perfis indicados na inicial violará dispositivos constitucionais, bem como a legislação infraconstitucional relativa à matéria, revelando-se nitidamente desproporcional sob o ponto de vista dos direitos envolvidos. Defende que a ordem imposta configura claro exemplo de censura prévia. Aduz que, nos termos do § 1º do art. 19 da Lei nº 12.965, de 2014, a ordem de remoção dos conteúdos deve indicar clara e especificamente o conteúdo ilícito, o que reforça a desproporcionalidade da ordem de remoção integral dos perfis.

Sem razão o apelante.

Isso porque os *prints* das publicações dos perfis indicados revelam que foram criados no intuito único de denegrir a imagem da apelada, uma instituição de ensino, com menção a uso de drogas ilícitas por parte de seus professores e alunos. Dessa forma, a mera exclusão de algumas postagens não será suficiente para fazer cessar o dano imposto à recorrida, sendo, nesse caso, necessária a exclusão integral dos perfis anônimos maleficamente criados.

Aliás, trata-se de "perfis anônimos" criados com fins ilícitos.

Assinale-se que a situação posta em muito difere daquela constante de julgado colacionado pela apelante, em que se determinou exclusão de publicação especifica em "perfil de um jornalista", pois, naquele caso, o perfil não foi criado no intuito de denegrir a imagem de quem quer que seja.

Como bem salientado pelo juiz monocrático, a análise tanto das postagens juntadas aos autos quanto das obtidas em rápida busca dentro do *site* da requerida, permite verificar que as páginas anônimas foram criadas com o intuito de agredir e desabonar a requerente, seus professores e alunos.

Ora, a permitir-se a continuidade regular desses perfis redundaria simplesmente em prolongar o mal imposto à apelada, que tem direito de fazer cessar a agressão sofrida por meio da exclusão integral destes perfis anônimos.

E, considerando que a liberdade de pensamento veda o anonimato e que deve ser assegurado o direito à imagem e honra das pessoas físicas ou jurídicas (art. 5º da CR), impõe-se a manutenção da sentença que determinou a exclusão integral dos perfis anônimos indicados pela apelada, tendo em vista que restou comprovado, nos autos, que tais perfis foram, repita-se, criados especificamente para denegrir a imagem da Apelada e de seus alunos.

Dados cadastrais

No que tange ao pedido de informações cadastrais dos usuários dos perfis @profealunos e @junqrm, a sentença condenou a apelante nos seguintes termos:

> [...] para determinar ao requerido a exclusão integral dos perfis @profealunos e @junqrm, bem como o fornecimento de todos os dados cadastrais informados pelos usuários e os registros de acesso (IPs, data e hora), dos 06 (seis) meses anteriores à propositura da ação, sob pena de multa diária de R$1.000,00, limitado em R$ 50.000,00.

O apelante defende já ter cumprido a determinação, por meio da petição de ordem nº 68 e documentos de ordem nº 69 e 70.

Verifica-se que o pedido inicial foi formulado nos seguintes termos:

> c) a apresentação em juízo de todas as informações atinentes aos usuários do TWITTER @profealunos e @junqrm constantes nos seus registros e capazes de auxiliar na identificação do usuário, incluindo, mas não se limitando a: dados cadastrais e registros de acessos (números de IP, com datas e horários GMT) -- referentes aos últimos 6 (seis) meses, contados da data de propositura da presente demanda.

Como se vê, foram solicitadas informações suficientes para identificar os criadores dos perfis anônimos @profealunos e @junqrm.

Constata-se que, prolatada a sentença, o Apelante peticionou colacionando as informações constantes de seus registros. Além disso, nas razões recursais, informou que, em cumprimento à ordem de fornecimento de dados constante da sentença, acostaram aos autos todos os dados requeridos relativos aos usuários indicados que se encontram atualmente disponíveis em seus servidores. Esclareceu que, para localizar o provedor de acesso à Internet utilizado pelos usuários em questão e obter informações adicionais a seu respeito, é necessário que a apelada realize busca no *site* https://registro.br/2/whois a partir dos endereços de IP já fornecidos.

Realmente, em consulta ao referido *site*, verifica-se que, a partir dos IPs utilizados na criação dos perfis anônimos informados pela apelante (creation_ip_address: 189.40.85.210 - @profealunos e

creation_ip_address: 200.150.57.121 - @junqrm), obtém-se o nome dos responsáveis pelas referidas contas e e-mails vinculados a elas.

Logo, entende-se que os dados fornecidos são suficientes para o cumprimento da obrigação imposta na sentença, não havendo que falar em fornecimento de outros dados, o que também não foi imposto na sentença, o que permitiria até mesmo o reconhecimento da ausência de interesse recursal no que tange a tal pedido.

Logo, não há que se falar em reforma da sentença.

Ônus da sucumbência

O Apelante defende aplicação do princípio da causalidade para afastar a condenação que lhe fora imposta referente aos ônus da sucumbência. Alega que o ajuizamento da ação deu-se em observância à disciplina legal, inexistindo, por sua parte, conduta ilícita ou resistência injustificada à pretensão.

Sem razão o recorrente.

A Lei nº 12.965, de 2014, conhecida como "Marco Civil da Internet", estabelece em seu art. 10, § 10º, que a disponibilização dos registros de conexão, acesso e dados pessoais do usuário só é possível mediante ordem judicial específica. E, nesse ponto, acaso o apelante não tivesse resistido ao pedido inicial, não seria o caso de condenação ao pagamento de ônus sucumbenciais.

Ocorre que o apelante não concordou com a pretensão inicial, defendendo a manutenção dos perfis objeto do litígio, com base em alegação de violação à liberdade de expressão e desproporcionalidade da medida, o que se repetiu nas razões recursais.

Logo, entende-se que houve sim resistência injustificada à pretensão inicial, posto ter o recorrente defendido a manutenção de perfil anônimo criado no intuito de denegrir a imagem de uma instituição de ensino, de seus professores e alunos.

Logo, mantida a sentença de exclusão dos perfis anônimos e difamatórios, é regular a condenação do apelante ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Diante do exposto, nega-se provimento à apelação. Custas pela parte apelante.

Em atenção ao § 11 do art. 85 do CPC/15, majoram-se os honorários impostos à parte sucumbente para 17% (dezessete por cento) sobre o valor da causa.

É como se vota.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Fernando Lins e Lílian Maciel.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Obrigação de fazer - Educação infantil - Creche - Inexistência de vaga - Garantia constitucional - Negativa de acesso - Impossibilidade - Fila de espera - Possibilidade - Deferimento liminar - Ausência irresignação - Integração da criança a escola - Impossibilidade de alteração da situação fática - Garantia direito criança e adolescente.

- A Constituição trata a educação como direito social, que deve ser prestado pelo Estado de forma plena, sendo que o acesso à creche está garantido na Constituição Federal e na Lei Orgânica do Município de Poços de Caldas (LOM art.145, VI) para as crianças de até seis anos, em horário integral.

- Não obstante o que dispõe o art. 53, V, do ECA, o acesso da criança em escola próxima de sua residência é preferencial, e não obrigatório, sendo que, se não houver vaga na escola pretendida, deverá a vaga ser disponibilizada em outra ou, ainda, em instituição particular conveniada.

- Demonstrado que o ente público nega-se a fazer a matrícula do infante, deve ser mantida a sentença que determinou seu ingresso na UMEI mais próxima à sua residência.

- Embora se considere como dever do Estado assegurar à criança amplo e gratuito acesso à creche, matriculando-a em instituição de ensino, de preferência, próxima à sua residência, tal fato não implica o pronto atendimento à solicitante, já que existe uma fila de espera que deverá ser respeitada, para garantir a todas as crianças um local adequado e seguro de estudo.

- Tendo sido deferida liminar anteriormente e diante da ausência de irresignação quanto ao Município, fazendo com que a criança já tenha se adaptado ao ambiente escolar, não há que se falar em modificação da decisão que confirmou a liminar.

Apelação Cível nº 1.0518.19.011226-9/001 - Comarca de Poços de Caldas - Apelante: Município Poços Caldas - Apelado: G.L.N.D. representado p/ mãe B.R.N. Relator: DES. ALEXANDRE SANTIAGO.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de agosto de 2020. - *Alexandre Santiago* - Relator.

Voto

DES. ALEXANDRE SANTIAGO - Trata-se de recurso de apelação em face da sentença de f. 31/34, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Poços de Caldas, que, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer ajuizada por G.L.N.D., representa-

do por sua genitora B.R.N., em face do Município de Poços de Caldas, julgou procedente o pedido inicial para, confirmando liminar anteriormente deferida, determinar ao requerido que providencie a matrícula do menor em creche integrante da rede pública ou conveniada ao Município, situada próximo de sua residência, sob pena de multa diária.

Inconformado, o Município apresenta apelação às f. 36/42, sustentando que este eg. TJMG já se manifestou no sentido de que não é obrigatório o fornecimento de creche, tendo em vista que a educação obrigatória não contempla tais períodos, estabelecendo a obrigatoriedade apenas a partir dos quatro anos de idade.

Destaca ainda que a criança consta apenas com 2 anos de idade e que inexiste justificativa para preterir a fila de espera que já existe, motivo pelo qual a parte não pôde, quando pretendido, ser matriculada.

Considera que não deve o judiciário intervir na administração desconsiderando a lista e descaracterizando o principio da isonomia, o que gera tumulto e caos na administração escolar.

Conclui pretendendo a improcedência do pedido inicial.

Com vista para contrarrazões, o autor apresenta manifestação às f. 46/54, pretendendo a manutenção da decisão hostilizada pelos próprios fundamentos.

O MP por sua vez apresentou parecer às f. 55/57-v., no sentido de ser negado provimento ao recurso.

Com vista à PGJ se manifestou às f. 64/65-v., opinando pelo desprovimento do recurso.

É, em resumo, o relatório. Decido.

Tratam os autos de Ação de Obrigação de Fazer em que pretende o autor, ora apelado, a condenação do Município a matricular o menor em creche integrante da rede pública ou conveniada, situada próxima de sua residência.

Reporta-se, no caso em apreço, tutelar a presente demanda o direito social à educação, cuja propositura funda-se na recusa da autoridade administrativa competente em efetivar a imediata matrícula da parte apelada em creche municipal.

Destaca-se, neste contexto, constituir a educação um direito de todos os indivíduos e um dever do Estado e da família, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, preparando-a para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, em conformidade com o disposto pelo art. 205, da Constituição Federal, e pelo art. 53, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8.069/90).

Por estas razões, a Constituição Federal, em seu art. 208, inciso IV, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 54, inciso IV, apontam como dever do Estado assegurar o atendimento em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade.

No mesmo sentido, a Lei nº 9.394/96, ao dispor sobre as diretrizes e bases da educação estabelece:

> Art. 4º. O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:
>
> [...]
>
> IV - atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade;
>
> Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.
>
> Art. 30. A educação infantil será oferecida em:
>
> I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;
>
> II - pré-escolas, para as crianças de quatro a seis anos de idade.
>
> Art. 31. Na educação infantil a avaliação far-se-á mediante acompanhamento e registro do seu desenvolvimento, sem objetivo de promoção, mesmo para o acesso ao ensino fundamental.

Neste sentido, verifica-se consistir dever do Estado assegurar à criança amplo e gratuito acesso à creche, matriculando-a em instituição de ensino, próxima à sua residência.

Nada obstante, o art. 5º, § 1º, inciso I, da aludida Lei nº 9.394/96 determina que caberá ao poder público, na esfera de sua competência, recensear anualmente as crianças e adolescentes em idade escolar, bem como os jovens e adultos que não concluíram a educação básica.

As instituições de ensino precisam cadastrar todos os interessados, classificá-los de acordo com os requisitos legais e, somente então, divulgar a lista com aqueles beneficiados com as vagas existentes.

Desta maneira, conquanto irrefutável a obrigação do Estado assegurar à criança acesso amplo e gratuito à educação, matriculando-a em instituição de ensino, de preferência, próximo à sua residência, tal fato não implica no pronto atendimento à solicitante, já que existe uma fila de espera que deverá ser respeitada, para garantir a todas as crianças um local adequado e seguro de estudo, sob pena de restar evidenciada manifesta violação ao princípio da isonomia.

Sobre o tema, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, inclusive desta 8ª Câmara Cível, manifesta, nestes termos:

> Reexame necessário. Apelação cível. Mandado de segurança. Município de belo horizonte. Matrícula de menor em creche pública e gratuita. Negativa do poder público. Ausência de violação ao direito à educação infantil. Cláusula da reserva do possível. Necessidade de observância à lista de espera. Elaboração com base em critérios objetivos e isonômicos. Razoabilidade. Segurança denegada. 1. Não se nega que a criança de até três anos de idade possui direito público subjetivo ao acesso a creche pública e gratuita próxima de sua residência, contudo, o ato de matrícula deve respeitar a lista de espera elaborada pelo ente municipal com base em critérios objetivos de índole social, sob pena de violação à igualdade substancial. 2. Dar provimento ao recurso e reformar a sentença no reexame necessário (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.16.042166-5/001. Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto. *DJe* de 04.04.2017).

> Constitucional. Mandado de segurança. Direito à educação. Creche/escola perto da residência dos menores. Vara da infância e juventude. Competência. Comprovação dos esforços do município. Razoabilidade e proporcionalidade. Saturação do sistema. Prejuízo aos demais alunos. Sentença reformada. - Nos termos expressos do art. 148, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, compete à Vara da Infância e Juventude apreciar demandas civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos de crianças e adolescentes. Preliminar rejeitada. - Se o Município demonstrou que tem investido com regularidades na construção e ampliação do número de vagas para crianças de faixa etária inferior a 6 anos de idade e estabeleceu um critério objetivo através de lista de espera, não é possível que o Ministério Público obtenha ordem judicial que crie privilégio em favor de outras crianças na mesma situação socioeconômica e que acabam por ficar em situação um pouco mais privilegiada que aquelas que aguardam a oportunidade de serem aproveitadas (TJMG - Apelação Cível n° 1.0702.13.064754-9/001. Rel. Des. Alberto Vilas Boas. *DJe* de 24.04.2015).

Logo, no caso em apreço, eventual preterição na lista classificatória tem o condão de denotar descaracterizada a relevância do direito titularizado pelo apelado, circunstância essa apta para revestir de legalidade o ato do apelante e revela desconfigurada a alegada violação ao direito social à educação.

Como bem posicionado pela eminente Desembargadora Tereza Cristina da Cunha Peixoto, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0686.18.002426- 3/001, que peço vênia para transcrever:

> Feitas essas considerações, é possível concluir que, embora abstratamente as crianças de até seis anos de idade titularizem o direito de cursar a educação infantil em creches públicas e gratuitas próximas de suas residências, concretamente, a execução desse direito deve se adequar à realidade fática, sobretudo no que concerne à disponibilidade de recursos orçamentários, elemento definidor da existência de uma maior ou menor oferta, pelo Poder Público, de instituições públicas de qualidade, vagas disponíveis, quadro de pessoal qualificado, etc.
>
> Nessa linha, considero que, *in casu*, o fato de o Município réu não ter atendido imediatamente ao pedido de matrícula do infante não configura, por si só, violação ao direito à educação infantil.
>
> De fato, em momento algum a municipalidade negou à menor o direito à educação, mas apenas condicionou o seu exercício ao respeito à fila de espera, conforme por ela próprio reconhecido, uma vez que a insuficiência de recursos públicos impede garantir a todas as crianças residentes no local o acesso simultâneo e imediato às creches públicas e conveniadas. [...]

Nessa linha, o desrespeito da fila de espera através da matrícula imediata do menor implica preterição de crianças em situação de maior fragilidade social, o que, evidentemente, viola o princípio da igualdade substancial, na medida em que confere tratamento desigual mais vantajoso àquele que se encontra em posição de superioridade em relação a outrem.

Outrossim, destaco que a matrícula coercitiva em creche pública na qual não há vagas disponíveis põe em risco a própria integridade física da criança e das demais que frequentam a instituição, pois afinal a intensificação da desproporção entre o corpo docente e o espaço físico, por um lado, e o corpo discente, por outro, diminui significativamente a capacidade de fiscalização e controle dos

professores, aumentando as chances de os menores, crianças de um a dois anos de idade, se machucarem, dentre outras tantas adversidades.

Entretanto, em que pese tal consideração, no caso em apreço pondero que o resultado não poderia ser outro, que não o de confirmar a sentença, tendo em vista a peculiaridade no caso que foi deferida liminar em setembro/2019, sendo que a criança, a qual se deve observar os direitos, já se encontra frequentando aquele ambiente, possivelmente já adaptada, a mais de seis meses, de forma que não se faz pertinente agora a alteração do resultado da liminar.

Noutro norte, importante destacar que é de se questionar a irresignação do Município apenas agora, não se vislumbrando irresignação quando do deferimento da liminar, deixando a situação transcorrer de forma que em defesa dos interesses do menor não se faz providencial sua retirada da unidade.

Em reexame necessário, verifica-se que as questões debatidas no recurso voluntário exaurem a matéria discutida nestes autos.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso. Sem custas nos termos do Estatuto da Criança e Adolescente.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Ângela de Lourdes Rodrigues e Carlos Roberto de Faria.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Direito processual civil - Ação autônoma de produção de prova antecipada - Apelação cível - Ato jurisdicional equivalente ao indeferimento total da prova - Excepcional recorribilidade - Réu - Recusa à exibição fundada na inexistência do objeto a ser exibido - Rito procedimental dos arts. 396 a 404 do CPC - Aplicabilidade - Intimação do autor para que, por qualquer forma, prove que a afirmação do réu não corresponde à verdade - *Error in procedendo* - Configuração - Recurso provido, sentença cassada.

- A lei adjetiva civil estabelece instrumentos processuais para o exercício do direito material à produção de prova, que pode se dar incidentalmente, no bojo de um processo já instaurado entre as partes, ou por meio de uma ação autônoma (ação probatória *lato sensu*).

- É entendimento do STJ que, na falta de regramento específico, a ação autônoma de produção de prova há de observar o procedimento comum, nos termos do art. 318 do novo Código de Processo Civil, aplicando-se, no que couber, pela especificidade, o disposto nos art. 396 e seguintes, afinados com a exibição incidental de documento ou coisa.

- Negada a exibição, pelo réu, com base na inexistência do objeto a ser exibido, cabe ao juiz oportunizar ao autor que, por qualquer forma, infirme a recusa, deliberando, a seguir, sobre a legitimidade da recalcitrância noticiada, em autêntico juízo de mérito, nos termos do parágrafo único do art. 398 do CPC.

Apelação Cível nº 1.0000.20.019265-6/001 - Comarca de Betim - Apelante: Ermelindo Martins Sena - Apelado: Autopista Fernão Dias S.A. Relator: DES. MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO PARA CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 3 de dezembro de 2020. - *Márcio Idalmo Santos Miranda* - Relator.

Voto

DES. MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA - Trata-se de Recurso de Apelação, interposto por Ermelindo Martins Sena contra sentença (evento n° 31 destes autos de Processo Judicial Eletrônico) proferida pelo douto Juízo da 5.ª Vara Cível da Comarca de Betim, que, em autos de "Ação

de Produção Antecipada de prova" promovida em desfavor de Autopista Fernão Dias S.A., julgou "prejudicada" a pretensão, considerando que, diante da negativa do réu, a questão probatória haveria de ser dirimida em sede de ação ordinária oportunamente ajuizada pelo autor.

Pretende o apelante, com seu inconformismo, ver reformada a sentença recorrida, de modo que reconhecido seu direito à produção probatória autônoma.

Em razões constantes do evento n° 33, aduz em síntese que, pelos dados constantes no Boletim de Ocorrência Policial lavrado, possível inferir sobre o horário, local e data do ocorrido, desprezados possíveis erros materiais da peça inicial quanto à cronologia dos fatos; controverte ser incongruente a afirmação de ré de que não logrou localizar o material, após tentar fazê-lo, se somente guarda o registro das filmagens por vinte e cinco dias, tornando claro seu deliberado propósito de frustrar o interesse do autor.

Sem preparo o recurso, por litigar o apelante sob a gratuidade da justiça, deferida na decisão anexada ao evento de n° 8.

Contrarrazões apresentadas no evento de n° 36. É o relatório.

Breve parêntese - pertinente à admissibilidade - se mostra necessário, considerando que, no caso dos autos, nos quais versada ação de produção probatória antecipada, a respeitável sentença recorrida, ao julgar "prejudicada" a pretensão, terminou por indeferir completamente a prova, enquadrando-se, portanto, na exceção de recorribilidade prevista na parte final do § 4.º do art. 382 do Código de Processo Civil.

Assim, conheço do recurso, visto que reunidos os pressupostos de sua admissibilidade.

Revela a leitura dos autos, como mencionado, ação de produção de prova antecipada na qual o autor, ora apelante, controverte, em síntese, que sofreu acidente automobilístico às margens de trecho rodoviário da BR-381, sob concessão da ré, ora apelada, causado por veículo que não logrou identificar no momento, necessitando ter acesso ao registro visual das câmeras de monitoramento ali instaladas pela concessionária, visando instrução de demanda futura, se for o caso.

Na peça de contestação, anexada ao evento de n° 18, informou a ré, ora apelada, sobre a impossibilidade de atender o comando exibitório, considerando que as filmagens somente ficam registradas pelo período máximo de 25 (vinte e cinco) dias, bem como apontou incoerência no relato inicial quanto à data do evento e o local exato de sua ocorrência, também a impedir a pretendida exibição.

Sobreveio, então, a respeitável sentença que, como visto, julgou em razão disso "prejudicada" a pretensão, direcionando o autor, ora apelante, para as vias ordinárias e ação própria, fosse o caso.

Assim estabelecido, de plano, há de se conceber que a produção de prova antecipada - novidade do Código de Processo Civil/15 - por instrumentalizar um direito probatório-material hipoteticamente autônomo de qualquer pretensão, tem suscitado toda sorte de questionamento doutrinário e jurisprudencial quanto à natureza jurídica, rito procedimental e casuístico.

Nesse passo, em julgamento do REsp de n° 1.803.251/SC, foi entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, pertinente a esse direito material/autônomo à produção da prova - que não se confunde com os fatos que ela se destina a demonstrar (objeto da prova), tampouco com as consequências jurídicas daí advindas, podendo (ou não) subsidiar outra pretensão futura -, a lei adjetiva civil estabelece instrumentos processuais para o seu exercício, que pode se dar incidentalmente, no bojo de um processo já instaurado entre as partes, ou por meio de uma ação autônoma (ação probatória *lato sensu*).

No que pese a divergência causada na ciência processual civil quanto à natureza (contenciosa ou não) da pretensão probatória totalmente autônoma, de ver que, em princípio, veicula-se por procedimento de jurisdição voluntária, encerrando-se por provimento judicial meramente homologatório, como pontua Humberto Theodoro Júnior (Curso de Direito processual Civil. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. V. I, p. 919).

Ainda inserto nessa ordem de ideias, é impositiva a conclusão no sentido de que, se tratando de pretensão probatória genuinamente autônoma, a cognição do julgador está limitada aos requisitos legais para a produção da prova, vedada a análise de controvérsia sobre os fatos a serem provados, em si mesmos, uma vez que "[...] o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas", nos termos do art. 382, § 2.º, do CPC/15.

Nesse cenário de limitação cognitiva do juiz, o contraditório acaba ficando também reduzido, somente sendo discutível o direito à produção da prova, propriamente dito, silenciando-se o legislador a respeito do procedimento a ser seguido quando instaurada qualquer controvérsia relativa a ele.

Nesse mister, reportando-me novamente ao julgado do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial de n° 1.803.251/SC, foi entendimento da superior instância que, na falta de regramento específico, a ação autônoma de produção de prova há de observar o procedimento comum, nos termos do art. 318 do novo Código de Processo Civil, aplicando-se, no que couber, pela especificidade, o disposto nos arts. 396 e seguintes, afinados que são com a exibição incidental de documento ou coisa.

Senão vejamos trecho da respectiva ementa, reproduzida na fração que interessa ao exame:

> Recurso especial. Ação autônoma de exibição de documentos pelo procedimento comum. Possibilidade. Pretensão que se exaure na apresentação dos documentos apontados. Interesse e adequação processuais. Verificação. Ação autônoma de exibição de documentos pelo procedimento comum e produção de prova antecipada. Coexistência. Recurso especial provido. [...] 4.2 Revela-se possível, ainda, que o direito material à prova consista não propriamente na produção antecipada de provas, mas no direito de exigir, em razão de lei ou de contrato, a exibição de documento ou coisa - já existente/já produzida - que se encontre na posse de outrem. 4.2.1 Para essa situação, afigura-se absolutamente viável - e tecnicamente mais adequado - o manejo de ação probatória autônoma de exibição de documento ou coisa, que, na falta de regramento específico, há de observar o procedimento comum, nos termos do art. 318 do novo Código de Processo Civil, aplicando-se, no que couber, pela especificidade, o disposto nos arts. 396 e seguintes, que se reportam à exibição de documentos ou coisa incidentalmente. [...] (REsp 1803251/SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 22.10.2019, *DJe* de 08.11.2019).

Partindo dessa premissa, indúbia é a possibilidade de manuseio da ação, em abstrato, deduzida em desfavor de terceiro (artigo 401 do CPC), sendo que, no caso específico dos autos, operou-se a recusa à exibição com base na afirmação de inexistência do objeto pretendido, conforme relatado acima.

Nesse contexto, considero que a consequência processual mais adequada para a hipótese não pode ser outra que não aquela prevista no art. 398, parágrafo único, do Código de Processo Civil, segundo o qual:

> Se o requerido afirmar que não possui o documento ou a coisa, o juiz permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade.

Destarte, penso ser o caso de cometimento de *error in procedendo*, porquanto negada a exibição pelo réu, nos termos expostos, caberia ao juiz oportunizar ao autor que, por qualquer forma, infirmasse a recusa, deliberando, a seguir, sobre a legitimidade da recalcitrância noticiada, portanto, em autêntico juízo de mérito.

Razões pelas quais, então, dou provimento ao recurso e o faço para, desconstituindo a sentença, determinar que seja observado, pelo douto Juízo de origem - a partir da recusa feita pelo réu - o disposto no parágrafo único do art. 398 do Código de Processo Civil, decidindo S.Exa., a seguir, sobre a juridicidade ou não da negativa apresentada, conforme resultar de seu respeitoso convencimento.

Custas ao final.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Amorim Siqueira Fausto Bawden de Castro Silva

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA CASSAR A SENTENÇA.

Apelação - Preliminar de não conhecimento do recurso - Princípio da dialeticidade: rejeição - Mandado de segurança preventivo - Transporte clandestino de passageiros no estado - Apreensão de veículo prevista na Lei Estadual nº 19.445/2011 - Penalidade mais gravosa que a disposta no CTB - Ofensa ao art. 22, XI, da CF - Matéria já apreciada pelo STF - Superveniência da Lei Federal 13.855/19 - Incidência da multa prevista no art. 6º, inc. I, da Lei nº 19.445/2011 – Possibilidade - Pretensão de abstenção do direito de fiscalizar – Impossibilidade - Exercício do poder de polícia pela administração pública - Ausência de ameaça concreta - Impossibilidade de deferimento da ordem - Recurso desprovido.

- O fato de o apelante impugnar a sentença renovando os fundamentos postos na petição inicial não impede o conhecimento da apelação, mormente se não se limita a fazer referência à peça de ingresso e se os fundamentos postos na petição recursal atacam os que serviram de base à sentença.

- Não se desconhece o entendimento firmado pelo STF, segundo o qual é incompatível com a Constituição lei municipal que imponha sanção mais gravosa que a prevista no Código de Trânsito Brasileiro, por extrapolar a competência legislativa do município.

- No mesmo sentido do posicionamento firmado pela Suprema Corte, a jurisprudência do STJ aponta para a ilegalidade da apreensão do veículo e do condicionamento da respectiva liberação ao pagamento de multas e de despesas com remoção e estadia, por falta de amparo legal, haja vista que o art. 231, VIII, da Lei nº 9.503/97, estabelece que o transporte irregular de passageiros é apenado com multa e retenção do veículo.

- Daí porque já externava o entendimento de que, apesar de ter sido reconhecida a ilegalidade da penalidade de apreensão prevista no inciso II do art. 6º da Lei Estadual nº 19.445/11, é certo que a aplicação das sanções pelo DEER/MG somente ocorrerá na hipótese de o impetrante realizar transporte de passageiros de maneira ilícita, ou seja, em contrariedade às regras do direito.

- Isso porque compete à Administração Pública o exercício do poder de polícia, condicionando e restringindo o uso e o gozo de direitos individuais, bem como controlando a realização de atividades econômicas por particulares, em prol dos interesses da coletividade e do próprio Estado.

- Nada obstante, é de se ressaltar que, com a recente alteração legislativa introduzida no art. 231, VIII, do CTB, em outubro de 2019, com a entrada em vigor da Lei Federal nº 13.855/19, passou-se a prever que o transporte irregular de passageiros configura, realmente, infração gravíssima, punida com multa e medida administrativa de remoção do veículo, esvaziando a ilegalidade da apreensão prevista na legislação mineira. Precedentes do TJMG.

- A pretensão inicial objetiva, na prática, obter a possibilidade da prestação livre e desembaraçada do serviço de transporte de pessoas, com o que se impõe ao DEER a abstenção de práticas que efetivem a sua regulação e fiscalização, não se vislumbrando a existência da propalada iminência da expedição de qualquer sanção pela autoridade a justificar a concessão do pedido.

- Recurso não provido.

Apelação Cível nº 1.0000.20.024492-9/003 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Geraldo Altino de Jesus - Apelados: Departamento de Edificações E Estradas De Rodagem De Minas Gerais DEER/MG, Estado de Minas Gerais - Interessados: Comandante Geral da Polícia Militar de Minas Gerais - PMMG, Diretor Geral do Departamento de Edificações e Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais. 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 negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 29 de outubro de 2020. - *Wander Marotta*. - Relator.

Voto

DES. WANDER MAROTTA - Trata-se de apelação, interposta por Geraldo Altino de Jesus, contra a r. sentença (doc. de ordem 56) que, nos autos de mandado de segurança preventivo, impetrado contra ato atribuído ao Exmo. Sr. Diretor do Departamento de Edificações de Estradas de Rodagem de Minas Gerais - DEER/MG e o Exmo. Sr. Comandante do Batalhão da Polícia de Trânsito da Polícia Militar de Minas Gerais, denegou a ordem. Condenou-o ao pagamento das custas processuais, suspensa a condenação por litigar sob o pálio da justiça gratuita. Sem condenação em honorários advocatícios.

Nas extensas razões recursais alega, em síntese, que os apelados, amparados por uma interpretação equivocada do art. 231, VIII, do CTB, têm obstaculizado de maneira indevida a atividade comercial do apelante, apreendendo veículos durante atividades fiscalizatórias. Assevera que o Ministério da Infraestrututra, ciente dos abusos que vêm ocorrendo, se manifestou por meio do Ofício-Circular n° 1415/209/CGATF-DENATRAN/SNTT, orientando as autoridades, no sentido de que a medida administrativa de retenção e remoção do veículo não devem ser aplicadas durante a fiscalização amparada no art. 231, VII, do CTB, especialmente quanto ao transporte remunerado, se a irregularidade for sanada com o desembarque dos passageiros. Acrescenta que, nos termos da Súmula n° 510 do STJ, a liberação de veículo retido apenas por transporte irregular de passageiros não está

condicionada ao pagamento de multas e despesas, citando jurisprudência em defesa de sua tese. Defende a impossibilidade de apreensão do veículo com base no art. 231, VIII do CTB, mesmo após a alteração do artigo pela Lei nº 13.855/19, sendo cabível apenas a remoção, já que a irregularidade pode ser facilmente sanada no local da infração, assinalando que o DEER não faz distinção entre apreensão e remoção em seu Termo. Acentua que a proibição ao Estado de utilizar-se dos tributos com efeito de confisco é considerada como verdadeiro princípio que rege o sistema constitucional tributário, estando positivado no art. 150, IV, da Carta Magna, motivo pelo qual a apreensão do veículo em seara administrativa, sem o devido processo legal, é inconstitucional. Além disso, invoca a aplicação das Súmulas n° 70, 323 e 547, todas do STF, das quais se pode extrair a impossibilidade de constrição de propriedade particular como forma de coagir o cidadão ao pagamento de multas e demais despesas. Enfatiza que a realização de sua atividade econômica está assegurada pelos princípios da livre iniciativa e livre concorrência (art. 170, IV, da CF), da busca do pleno emprego e da valorização do trabalho humano, alegando ofensa, ainda, ao princípio da supremacia do interesse público.

Com tais considerações, requer a reforma da r. sentença para que seja determinado às autoridades coatoras, por si ou por seus agentes, que se abstenham de aplicar a penalidade de apreensão, prevista na redação do art. 231, VIII, do CTB, conferida pela Lei nº 13.855/2019, ao veículo por meio do qual exerce suas atividades laborativas. E, em caso de remoção, pede que seja determinado aos impetrados que se abstenham de reter o veículo além do tempo estritamente necessário a sanar eventual irregularidade, bem como que deixem de condicionar a sua liberação ao pagamento de quaisquer despesas, como multas vencidas, transbordo, remoção e taxa de permanência (doc. de ordem 59).

Em contrarrazões, as autoridades impetradas pugnam pelo desprovimento do recurso, alegando que o apelante apenas reitera os argumentos lançados na petição inicial, sem atacar os fundamentos da sentença (doc. de ordem 61).

Foram os autos à douta PGJ, que opinou pela manutenção da r. sentença (doc. de ordem 65).

É o Relatório.

Da preliminar de não conhecimento do recurso

Com a devida vênia, não merece acolhida a preliminar de não conhecimento do recurso, por ausência de fundamentação arguida em sede de contrarrazões.

O fato de o apelante impugnar a sentença renovando os fundamentos postos na petição inicial não impede o conhecimento da apelação, mormente se não se limita a fazer referência à peça de ingresso e se os fundamentos postos na petição recursal atacam os que serviram de base à sentença. Consta do recurso, ainda, pedido expresso para que seja o pedido julgado procedente, não havendo violação, dessa forma, ao art. 1.010, II, III e IV, do CPC.

O STJ já firmou entendimento no sentido de que:

> Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Garantia hipotecária de dívida pessoal. Inadimplemento. Perda do imóvel. Fraude contra credores. Reconhecimento. Violação do art. 535 do cpc. Não ocorrência. Ação pauliana. Natureza pessoal. Ofensa ao art 514 do CPC. Súmula nº 83/STJ. Anterioridade do crédito. Relativização. Credores futuros. Honorários advocatícios. Súmula nº 7/STJ. 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais. 2. A ação pauliana tem natureza pessoal, razão pela qual é desnecessário citar o cônjuge do devedor doador e do donatário. 3. A mera repetição, nas razões de apelação, dos argumentos constantes da inicial ou da contestação, não é razão suficiente para inviabilizar o conhecimento do apelo quando nítido o desejo de reforma ou anulação da sentença impugnada. Incidência da Súmula n. 83/STJ. 4. Existindo crédito anterior ao ato de transmissão fraudulento, configurada está a fraude contra credores. 5. É possível a relativização da anterioridade do crédito, requisito para o reconhecimento da fraude contra credores, quando configurada a fraude predeterminada em detrimento de futuros credores. 6. Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ se o acolhimento da tese defendida no recurso especial reclamar a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido (REsp 1324308 / PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 26.02.2016).

Aqui o apelante dá as razões pelas quais pretende a reforma da sentença, não lhe sendo vedado utilizar-se de argumentos já delineados em peças anteriores.

Apresentados na apelação os fundamentos de fato e de direito, e suficientes para demonstrar o interesse do recorrente pela reforma do julgado, consideram-se preenchidos, em linhas gerais, os requisitos do art. 1.010 do CPC.

Pelo exposto, rejeito a preliminar e conheço do recurso, estando presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Mérito

O impetrante é proprietário do veículo de placa PWL-8055, conforme documentação anexa à petição inicial, e questiona a legalidade da medida de apreensão, do condicionamento da liberação do automóvel a pagamento das taxas de permanência, reboque, transbordo do veículo e quaisquer outras despesas administrativas cabíveis, assim como da multa de 500 (quinhentas) UFEMGS, prevista na Lei Estadual nº 19.445/11.

Como se sabe, o art. 231, VIII, da Lei nº 9.503, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, prevê, quanto ao transporte irregular de passageiros, apenas a pena de multa, determinando, como medida administrativa, a retenção do veículo até o saneamento das irregularidades, não estando a restituição do automotor condicionada a recolhimento de prestação pecuniária cominada e/ou eventuais despesas relativas à remoção.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, a Lei Estadual nº 19.445/2011, que estabelece normas para coibir o transporte clandestino metropolitano e intermunicipal de passageiros, prevê:

> Art. 6º Serão aplicadas à pessoa física ou jurídica que realizar transporte clandestino de passageiros as seguintes sanções:
>
> I - multa de 500 Ufemgs (quinhentas Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais);
>
> II - apreensão do veículo.
>
> § 1º O valor da multa prevista no inciso I deste artigo será duplicado a partir da primeira reincidência.
>
> § 2º A autoridade competente instaurará o devido processo administrativo, observadas as disposições legais aplicáveis, para processamento do auto de infração.
>
> [...]
>
> Art. 7º O veículo apreendido será recolhido ao depósito e nele permanecerá sob custódia e responsabilidade do órgão ou entidade competente, com ônus para seu proprietário.
>
> § 1º A restituição do veículo apreendido somente ocorrerá mediante o prévio pagamento das multas vencidas, taxas, despesas com o transbordo dos passageiros, remoção e estada.
>
> § 2º A despesa com a estada do veículo em depósito será de 25 (vinte e cinco) Ufemgs por dia, podendo ser cobrada somente até os trinta primeiros dias.

Nessa senda, a Lei estadual nº 19.445/2011, ao estabelecer a medida de apreensão do veículo, estipula penalidade mais diversa e mais gravosa do que aquela prevista no Código de Trânsito Brasileiro, a revelar a sua ilegalidade e arbitrariedade.

A propósito, a questão relativa à competência suplementar dos Estados e Municípios para legislar sobre trânsito e transporte, com imposição de sanções mais gravosas que aquelas previstas no CTB, já foi apreciada pelo excelso STF, quando do julgamento do RE 639.496/MG, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral, oportunidade na qual a Suprema Corte reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, reconhecendo ser incompatível com a Constituição lei municipal que impõe sanção mais gravosa que a prevista no Código de Trânsito Brasileiro, por extrapolar a competência legislativa do município.

Em idêntica linha de compreensão, entende o c. STJ:

> Administrativo. Transporte irregular de passageiros. Apreensão do veículo e condicionamento da liberação ao pagamento de multas. Impossibilidade. Entendimento firmado pela primeira seção ao julgar O REsp 1.144.810/MG, mediante a Lei dos Recursos Repetitivos. 1. Segundo disposto no art. 231, VIII, da Lei n. 9.503/97, o transporte irregular de passageiros é apenado com multa e retenção do veículo. Assim, é ilegal e arbitrária a apreensão do veículo, e o condicionamento da respectiva liberação ao pagamento de multas e de despesas com remoção e estadia, por falta de amparo legal, uma vez que a lei apenas prevê a medida administrativa de retenção. 2. Entendimento ratificado pela Primeira Seção desta Corte, ao julgar o REsp 1.144.810/MG, mediante a sistemática prevista na Lei dos Recursos Repetitivos. 3. Recurso especial não provido (REsp 1124687/GO, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 14.12.2010, DJe 08.02.2011).

Portanto, o entendimento consolidado é o de que, "a priori", não é possível que lei estadual ou municipal preveja penalidades de natureza diversa para a infração capitulada no art. 231, inciso

VIII, do Código de Trânsito Brasileiro, porquanto compete privativamente à União legislar sobre trânsito e transporte, nos termos do art. 22, inciso XI, da Constituição Federal.

Não desconheço que, em harmonia com o entendimento supramencionado, o c. Órgão Especial deste eg. TJMG, no julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 1.0079.07.382307-6/002, cujo objeto era lei similar do Município de Contagem, reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo que também cominava a pena de apreensão do veículo flagrado realizando transporte clandestino de passageiros naquela Municipalidade.

A própria Lei Estadual nº 19.445/2011 foi objeto de apreciação no Incidente de Inconstitucionalidade nº 1.0024.12.132317-4/004 pelo Órgão Especial deste Tribunal, que declarou a inconstitucionalidade dos arts. 6º e 7º da mencionada Lei, em acórdão assim ementado:

> Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. Lei Estadual nº 19.445/2011. Transporte intermunicipal clandestino de passageiros. Apreensão de veículo. Liberação condicionada ao pagamento de multas e despesas pela apreensão. Matéria sendo apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Irrelevância do incidente rejeitada. Suspensão do feito rejeitada. Incompetência do estado para dispor sobre matéria já prevista no código de trânsito brasileiro. Ofensa ao art.22, XI, da CR/88. Inconstitucionalidade material. Representação acolhida. - Considerando que a Excelsa Corte ainda não enfrentou, especificamente, a questão relacionada ao transporte irregular de passageiros e a eventuais infrações aplicadas aos respectivos condutores dos veículos, é necessário proceder ao *distinguishing*, para se concluir pela relevância do presente incidente. Não procede o sobrestamento do incidente pelo simples reconhecimento da repercussão geral pelo STF. A repercussão é reconhecida apenas com relação aos recursos para aquela Corte, ainda pendentes de julgamento, conforme se infere do disposto no art. 543-B, do CPC. A suspensão dos feitos que não se enquadram na referida hipótese só poderá ocorrer por determinação do STF, o que não ocorre na hipótese em exame. - Tem-se por inconstitucional os dispositivos de lei estadual que criam penalidades diversas, mais severas do que aquela estabelecida na legislação de trânsito (CTB), para a infração de transporte clandestino de passageiros, expedida no exercício da competência privativa da União (artigo 22, XI, Constituição da República) (TJMG, Inc. Inconstitucionalidade n.º 1.0024.12.132317-4/004, Órgão Especial, Rel. Des. Elias Camilo, j. em 23.02.2015, DJe. 20.03.2015).

Posteriormente, quando do julgamento dos embargos declaratórios n° 1.0024.12.132317-4/005, o v. acórdão foi alterado, decidindo-se pela manutenção da multa prevista no art. 6º, inciso I, da Lei Estadual, conforme se extrai do trecho do voto do Des. Elias Camilo:

> [...] Já no tange aos segundos embargos, verifico que, embora não haja obscuridade, há, de fato, contradição no acórdão embargado, na medida em que, apesar de ressaltar a competência suplementar do Estado de Minas Gerais para elaborar regras próprias, desde que não crie penalidades diversas, mais severas do que aquelas estabelecidas no Código de Trânsito Brasileiro, declarou a inconstitucionalidade também do inciso I do art. 6º da Lei Estadual nº 19.445/2011, que prevê a aplicação de multa de 500 Ufemgs, em conformidade com o artigo 231, VIII, do CTB, que estabelece a penalidade (multa) e a medida administrativa (retenção), no caso do transporte remunerado de pessoas ou bens, não licenciado para esse fim.
>
> [...]

> Com tais considerações, rejeito os primeiros embargos de declaração e acolho parcialmente os segundos embargos, para sanar a contradição apontada, nos termos acima expostos, alterando, consequentemente o dispositivo vergastado para acolher parcialmente a representação, declarando a inconstitucionalidade do inciso II do art. 6º e do art. 7º da Lei Estadual nº 19.445/2011 (TJMG - Embargos de Declaração-Cv 1.0024.12.132317-4/005, Relator: Des. Elias Camilo, Órgão Especial, j. em 19.08.2015, p. em 28.08.2015).

Dessa maneira, o Órgão Especial deste Tribunal considerou que a penalidade da Lei nº 19.445/2011 - no valor de 500 (quinhentas) Ufemgs - é compatível com Lei Federal, haja vista a disposição do art. 231, VIII, do CTB.

Daí porque já adotava o entendimento de que, apesar de ter sido reconhecida a ilegalidade da penalidade de apreensão prevista no inciso II do art. 6º da Lei Estadual nº 19.445/11, é certo que a aplicação das sanções pelo DEER/MG somente ocorreria na hipótese de o impetrante/apelante realizar transporte de passageiros de maneira ilícita, ou seja, em contrariedade às regras do direito posto.

Como se sabe, compete à Administração Pública o exercício do poder de polícia, condicionando e restringindo o uso e gozo de direitos individuais, bem como controlando a realização de atividades econômicas por particulares, em prol dos interesses da coletividade e do próprio Estado.

A respeito do poder de polícia, destaque-se o magistério de José dos Santos Carvalho Filho:

> "[...] Não é desconhecido o fato de que o Estado deve atuar à sombra do princípio da supremacia do interesse público. Significa dizer que o interesse particular há de curvar-se diante do interesse coletivo. É fácil imaginar que, não fora assim, se implantaria o caos na sociedade.
>
> Dessume de tal postulado que o Direito não pode deixar de regular uma relação jurídica própria do direito público, a relação jurídico-administrativa. Nela se instalam, de um lado, a Administração Pública e, de outro, o administrado, considerado este como o indivíduo que, de alguma forma, esteja vinculado àquela, como bem acentua ENTRENA CUESTA.
>
> Por outro lado, [...] o Estado precisa ter mecanismos próprios que lhe permitam atingir os fins que colima, mecanismos esses inseridos no direito positivo e qualificados como verdadeiros poderes ou prerrogativas especiais de direito público.
>
> Um desses poderes resulta exatamente do inafastável confronto entre os interesses público e privado, e nele há a necessidade de impor, às vezes, restrições aos direitos dos indivíduos. É preciso ressaltar, contudo, que tais benefícios não são despropositados, mas imprescindíveis, "a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos, instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão [...] (CARVALHO FILHO, José dos Santos. In: Manual de Direito Administrativo. 30 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2016) (destaquei).

Nunca se vedou, na verdade, o exercício de poder de polícia pela Administração, o que mostra estar ausente a prova de que agentes da autoridade apontada como coatora estejam na iminência de apreender o veículo do impetrante por causa do disposto no inciso II do art. 6º da Lei Estadual nº 19.445/11.

Com efeito, não pode o Poder Judiciário chancelar o anseio do impetrante de obstar, ainda que indiretamente, o exercício regular da atividade do DEER/MG atinente à fiscalização e regulação do transporte intermunicipal de passageiros feito de maneira irregular, notadamente quando essa atuação é feita de conformidade com o que prevê a legislação estadual vigente.

Como bem anotou o i. Des. Carlos Levenhagen em caso anterior,

> não se pode fazer da liminar vindicada na inicial do "mandamus" preventivo um verdadeiro "salvo conduto" para a prática do transporte irregular de passageiros. A regulamentação e fiscalização da atividade exercida pelo impetrante se inserem no poder de polícia exercido pela Administração Pública, com vista à realização do interesse público e à preservação do bem estar social, visando conferir segurança na prestação do indigitado serviço, prevenindo riscos à coletividade (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.19.016762-7/001 - Dje 04.04.2019).

O mesmo raciocínio aplica-se quanto ao pedido para que seja determinado ao DEER/MG que se abstenha de reter o veículo além do tempo estritamente necessário a sanar eventual irregularidade, bem como se abstenha de condicionar a liberação dos veículos ao pagamento de quaisquer despesas, tais como multas vencidas, transbordo, remoção, estadia/taxa de permanência.

Nada obstante, é de se ressaltar que a recente alteração legislativa introduzida no art. 231, VIII, do CTB em outubro de 2019, pela entrada em vigor da Lei Federal nº 13.855/19, passou a prever que o transporte irregular de passageiros realmente configura infração gravíssima, punida com multa e medida administrativa de remoção do veículo:

> Art. 231. Transitar com o veículo:
>
> [...]
>
> VIII - efetuando transporte remunerado de pessoas ou bens, quando não for licenciado para esse fim, salvo casos de força maior ou com permissão da autoridade competente:
>
> Infração - gravíssima;
>
> Penalidade - multa;
>
> Medida administrativa - remoção do veículo [...].

Portanto, a norma que, originariamente, previa a medida administrativa de retenção passou a autorizar legalmente a remoção do veículo, esvaziando a ilegalidade de medida de apreensão prevista na lei estadual.

Aliás, destaco o trecho do substancioso voto proferido pelo Exmo. Des. Leite Praça no julgamento da Apelação Cível 1.0000.18.136227-8/002 (19ª Câmara Cível, j. em 05.03.2020, p. em 11.03.2020):

> [...] Mencionada alteração legislativa, após a sua vigência, alterou a medida administrativa prevista na Lei Federal de retenção para remoção, tornando-se, assim, lícita a conduta do agente público de apreender/remover o veículo transportador de passageiros sem licença para tanto, fato esse que torna inócua

> a discussão sobre a incidência ou não da norma estadual (Apelação Cível 1.0000.18.136227-8/002 (19ª Câmara Cível, j. em 05.03.2020, p. em 11.03.2020)

Assim, conforme bem observado pelo ilustre Desembargador Bitencourt Marcondes, quando do julgamento da apelação cível nº 1.0000.19.043532-1/001:

Em outros termos, a alteração do CTB esvaziou a ilicitude da apreensão de veículos que fazem transporte remunerado de pessoas sem autorização ou permissão, que tinha como fundamento de validade a norma estadual, porque a novel regra prevê a mesma medida.

Dessa forma, em razão da vigência da Lei Federal nº 13.855/19 que, repise-se, alterou a medida administrativa prevista no inciso VIII do art. 231 do Código de Trânsito Brasileiro, de retenção para remoção, declarar a licitude da conduta do agente de público de apreender/remover o veículo que efetue transporte de passageiro sem licenciamento, ou seja, de forma clandestina.

Insta mencionar que, embora conceitualmente exista uma diferença entre a remoção e a apreensão do veículo, na prática, a consequência para o proprietário do bem é a mesma, uma vez que o art. 271 do CTB prevê que o veículo será removido para depósito fixado pelo órgão ou entidade competente, com circunscrição sobre a via.

Cumpre ainda asseverar que o transbordo de passageiros é consequência lógica da medida administrativa determinada.

Da mesma forma, razão não assiste ao impetrante quando alega a impossibilidade de aplicação da multa amparada na Lei Estadual nº 19.445/11.

Isso porque, conforme disposição supracitada do Código de Trânsito Brasileiro (art. 231, VIII), não alterada pela Lei Federal nº 13.855/19, a legislação estadual acompanha o disposto na norma federal, que já previa a penalidade de multa para a infração de transporte irregular de passageiros.

No mesmo sentido, seguem as recentes decisões deste eg. Tribunal acerca da superveniência da Lei nº 13.855/19:

> Reexame necessário. Mandado de segurança preventivo. Transporte irregular de passageiros. Penalidade. Apreensão do veículo. Direito líquido e certo. Código de Trânsito Brasileiro. Sanção prevista. Remoção. Legalidade. Abstenção. Direito de fiscalizar. Descabimento. Poder de polícia. Multa. Valor. Legalidade. Segurança denegada. - A Lei n° 13.855/2019, que entrou em vigor em 07/10/2019, deu nova redação ao art. 231, VIII, do CTB, passando a prever a medida administrativa de remoção (ao invés da retenção) para o veículo que esteja sendo usado para transporte clandestino, motivo pelo qual não há mais que se falar em extrapolação da Lei Federal e, via de consequência, ilegalidade da Lei Estadual nº 19.445/2011. - Não se pode fazer da liminar vindicada na inicial do "*mandamus*" preventivo verdadeiro "salvo conduto" para a prática do transporte clandestino, irregular e ilegal de passageiros. - É descabida a pretensão mandamental de abstenção da autoridade impetrada de exercer seu poder de polícia. - É de rigor o reconhecimento da legitimidade da legislação local, que não criou a pena de multa, mas apenas definiu seu valor, no estrito exercício, pelo Estado, de sua autonomia administrativa e da competência

suplementar que lhe confere o art. 25, §1º, da CF/88 c/c 9º e 10, §2º, da CEMG e do art. 5º, "caput", da Lei n. 9.503/97 (TJMG - Ap Cível/Rem Necessária 1.0000.19.112858-6/001, Relator: Des. Carlos Levenhagen , 5ª Câmara Cível, j. em 14.11.0019, p. em 19.11.2019).

Remessa necessária. Apelação cível. Mandado de segurança preventivo. Transporte irregular de passageiros. Lei Estadual 19.445/2011. Art. 231 do CTB. Lei Federal 13.855/2019. Apreensão do veículo. Possibilidade. - O Órgão Especial deste e. Tribunal, em decisão nos autos da Arg. Inconstitucionalidade 1.0024.12.132317-4/004, tornou incabível imposição de penalidade de apreensão de veículo por transporte irregular, por aplicação da Lei Estadual 19.445/2011, por ser mais gravosa que aquela estabelecida, em redação anterior do Código de Trânsito Brasileiro. - A Lei Federal 13.855/2019, com vigência a partir de 09 de outubro de 2019, alterou o art. 231 Código de Trânsito Brasileiro, para autorizar a remoção/apreensão de veículo utilizado em transporte irregular de passageiros (TJMG - Ap Cível/Rem Necessária 1.0000.19.108708-9/001, Relatora. Desembargadora Alice Birchal , 7ª Câmara Cível, j. em 10.03.2020, p. em 13.03.2020).

De qualquer forma assinala-se não haver qualquer prova de que o veículo do impetrante foi apreendido, não podendo o Judiciário conceder uma ordem em branco como a que se requer.

Nessa linha, e com a devida vênia ao entendimento esposado pelo apelante, a pretensão mandamental objetiva, na prática, obter um *bill in albis* para a prestação livre e desembaraçada do serviço de transporte de pessoas, com o que se imporia ao DEER a abstenção de práticas que efetivem a sua regulação e fiscalização.

Desse modo, com observância do regime jurídico regente da atividade administrativa, não se verifica a existência de direito líquido e certo do impetrante a amparar o pedido inicial formulado neste *mandamus*, consistente na abstenção de práticas, pelo DEER, que visem à fiscalização do transporte de pessoas.

Dispositivo

Ante o exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.

Custas recursais pelo apelante, suspensa a exigibilidade nos termos do art. 98, § 3°, do CPC, em virtude de ser beneficiário da justiça gratuita. Sem honorários.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Carlos Levenhagen e Áurea Brasil.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Plano de assistência à saúde - Entidade de autogestão - Inaplicabilidade do código de defesa consumidor - Reestruturação do plano de custeio - Extinção do plano anterior - Distribuição atuarial do custeio - Ausência de abusividade do aumento da mensalidade - Honorários advocatícios - Redução do valor arbitrado.

- A única forma de regularização de dificuldade econômico-financeira das entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração, se dá através da atualização do custeio dos respectivos planos de saúde, com a divisão do ônus das despesas igualmente entre os associados.

- O aumento do valor da mensalidade, ainda que significativo, não representa reajuste discriminatório, abusivo ou unilateral, notadamente quando a reestruturação resultou de processo de instituição de novo plano de saúde, aprovado pelo Conselho Consultivo, Sindicato da categoria, e pela agência reguladora - ANS.

- O arbitramento dos honorários advocatícios na forma prevista no art. 85, § 2º, do CPC/15, justifica sua redução quando a quantia fixada em primeira instância não é adequada à baixa complexidade e natureza da causa.

Apelação Cível nº 1.0000.20.025051-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Julio Maria Viegas Peixoto - Apelado: CASU UFMG caixa de assistência à saúde da universidade. Relator: DES. LUIZ ARTUR HILÁRIO.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 9ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de dezembro de 2020. - *Luiz Artur Hilário* - Relator.

Voto

DES. LUIZ ARTUR HILÁRIO - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Júlio Maria Viégas Peixoto, contra a sentença encartada no evento n° 64, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 29ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que nos autos da ação declaratória c.c. cominatória e indenização, movida em face de CASU/UFMG - caixa de assistência à saúde da Universidade Federal de Minas Gerais, julgou improcedentes os pedidos e condenou o autor ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

Em suas razões recursais, encartadas no evento n° 68, o apelante defendeu que mesmo em se tratando de entidade de autogestão, e afastadas as normas do Código de Defesa do Consumidor, não é possível impor aumentos abusivos que inviabilizem a permanência do usuário no plano. Alegou ter comprovado o reajuste de mais de 200% (duzentos por cento) em março de 2014 e no patamar de 257,71% (duzentos e cinquenta e sete vírgula setenta e um porcento) em abril do mesmo ano, manifestamente abusivo porque de forma unilateral e na forma de adesão obrigatória a um novo plano, sem opção de permanência no plano anterior. Sustentou que o reajuste dos contratos de saúde coletivos somente são possíveis quando variados os custos ou aumentada a sinistralidade, desde que não haja onerosidade excessiva ao usuário. Requereu a reforma da sentença para declarar a abusividade dos reajustes aplicados em março de 2014, sendo aplicados os índices previstos pela ANS para o período, e condenar a apelada à devolução dos valores. Eventualmente, pediu fossem reduzidos os honorários advocatícios para 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, dada a ausência de produção de prova que não a documental e de complexidade do trabalho.

Contrarrazões no evento n° 74, em patente infirmação.

Intimado a recolher o preparo em dobro, o apelante juntou aos autos o comprovante de pagamento encartado no evento n°78.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cinge-se a matéria do recurso em analisar a viabilidade da estipulação de reajustes de mensalidades para manutenção de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, sendo incontroversa a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, consoante orientação firmada na Súmula n° 608 do STJ.

Nos termos da legislação civil, o contrato de seguro se estabelece quando uma das partes, denominada segurador, se obriga a indenizar os riscos cobertos e estipulados na avença, enquanto o segurado se obriga ao pagamento do prêmio mensal, consoante determinação do art. 757 do CCB.

Dentre uma das formas do contrato de seguro previstas na legislação civil destaca-se o seguro de assistência à saúde, atualmente regulamentado pela Lei n° 9.656/98.

Referida legislação permite que entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração, operem Planos Privados de Assistência à Saúde, consoante art. 1º, I, §1º, *in verbis*:

> Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:
>
> I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada,

> visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;
>
> [...]
>
> § 1o Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:
>
> a) custeio de despesas;
>
> b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;
>
> c) reembolso de despesas;
>
> d) mecanismos de regulação;
>
> e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.
>
> § 2o Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1o deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração.

As entidades de autogestão não visam ao lucro e constituem sistemas fechados, já que os planos que administram não estão disponíveis no mercado para o consumidor em geral, mas, ao contrário, a apenas um grupo restrito de beneficiários. A gestão compartilhada significa dizer que há participação dos próprios usuários nas questões atinentes à política assistencial e à forma de custeio do plano, pois o Conselho Deliberativo é composto por conselheiros escolhidos por patrocinadores e eleitos pelos beneficiários.

Por outro lado, a única forma de regularização de dificuldade econômico- financeira desta associação se dá através da atualização do custeio dos respectivos planos de saúde, dividindo o ônus das despesas igualmente entre os associados, sem que isso represente reajuste discriminatório, abusivo ou unilateral de mensalidade, ainda que tal reestruturação represente aumento significativo do valor desta contraprestação.

Neste sentido:

> Recurso especial. Ação civil pública. Plano de saúde. Autogestão. Geap. [...] Reajuste de plano de saúde coletivo. Equilíbrio técnico-atuarial. Conselho de administração. Estatuto da entidade. Abusividade. Não configurada. Honorários advocatícios recursais. [...] 5. A Segunda Seção do STJ decidiu que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo. Súmula nº 608/STJ. 6. Apenas os planos individuais/familiares estão sujeitos à autorização de reajuste pela ANS, conforme procedimento disciplinado pelos arts. 2º ao 11 da RN ANS 171/08, inclusive com previsão do índice de reajuste máximo autorizado pela Diretoria Colegiada da ANS. 7. Em relação aos planos coletivos, todavia, a ANS exige apenas o comunicado de reajuste realizado com as pessoas jurídicas, sem estabelecer maiores intervenções nas

> tratativas estabelecidas entre operadora e pessoa jurídica contratante. 8. A regulação das entidades de autogestão no âmbito do sistema de saúde suplementar ocorre por outras vias, como por exemplo, as exigências disciplinadas pela RN 137/06 da ANS, de cujo teor se destaca que a "entidade de autogestão deverá submeter, anualmente, suas demonstrações financeiras à auditoria independente, divulgá-las aos seus beneficiários e encaminhá-las a ANS" (art. 6º). 9. No particular, as instâncias ordinárias registraram que os reajustes dos planos de saúde foram adotados em razão do déficit orçamentário que a Fundação enfrenta desde o ano de 2012, os quais foram suficientemente demonstrados nos autos, bem como as tentativas de recuperação financeira implementadas desde a intervenção por parte da ANS e da PREVIC. Não há, portanto, abusividade a ser declarada nesta hipótese. 10. Recurso especial conhecido e não provido, sem majoração de honorários advocatícios recursais, considerando ser sucumbente o autor de ação civil pública (REsp 1770119/SC, Rel.ª Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 27.11.2018, *DJe* de 06.12.2018).

Feitas estas considerações e reportando à hipótese em apreço, verifica- se que a entidade apelada foi acometida, em 2013, por uma grave crise financeira, em razão do aumento real da utilização acima de 11% (onze por cento), precificação insuficiente das três últimas faixas etárias das tabelas (associados acima de 48 anos), aumento expressivo do dólar, causando impacto automático sobre materiais utilizados em diversos procedimentos de saúde e em medicamentos (evento n° 33), não sendo o reajuste das mensalidades aplicado no exercício anterior suficiente para fazer frente aos custos operacionais.

Tudo isso, aliado ao fato de que o contingente de associados localiza-se em faixas de idade cada vez mais alta, sendo majoritária a população de associados acima de 49 (quarenta e nove) anos, demonstra o aumento do custo interno em desproporção com a arrecadação (evento n° 35).

Por esta razão, e como forma de evitar a descontinuidade do serviço de assistência, a Diretoria e o Conselho Consultivo, formado pelos próprios associados, aprovou a adoção de nova metodologia de custeio amparada por novo produto - denominado IFES V, em substituição ao plano então vigente IES III, caracterizado, além do reajuste das mensalidades, pela implantação da coparticipação como fator moderador de utilização e pelo aumento do limite de faixa etária.

Amparada em estudo atuarial que apresentou o cálculo de déficit, pela aprovação pelo Conselho Universitário da UFMG, pelo Conselho Consultivo da CASU e também pelo Sindicato da categoria, sem contar o parecer favorável da Procuradoria da República, a autarquia reguladora ANS aprovou e registrou o novo plano de saúde, que passou a vigorar em substituição aos antigos, que foram extintos.

Pelo que se extrai dos autos, não ocorreu reajuste discriminatório e abusivo da mensalidade. A majoração significativa do preço ocorreu para todos os usuários, como resultado da necessária e indispensável reestruturação do plano de saúde, que passou a adotar novo modelo de custeio por meio de novo plano. Houve não apenas um esforço hercúleo de todos os envolvidos no sentido de buscar alternativas para a continuidade da prestação dos serviços, como também para promover uma ampla divulgação e esclarecer aos beneficiários os motivos pelos quais houve relevante mudança no plano.

Situação similar à narrada nos autos já foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, que concluiu pela possibilidade de reestruturação do plano de custeio, mesmo diante do aumento significativo das mensalidades dos associados:

> Recurso especial. Civil. Plano de saúde. Geap. Entidade de autogestão. Regime de custeio. Reestruturação. Preço único. Substituição. Precificação por faixa etária. Majoração da contribuição. Possibilidade. Estudos técnico-atuariais. Saúde financeira da operadora. Restabelecimento. Resolução Geap/CONDEL nº 616/2012. Legalidade. Aprovação pelos órgãos competentes. Gestão compartilhada. Política assistencial e custeio do plano. Tomada de decisão. Participação dos beneficiários. Modelo de contribuições. Direito adquirido. Inexistência. Exceção da ruína. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se a reestruturação no regime de custeio do plano de saúde administrado pela Geap, entidade de autogestão, por meio da Resolução Geap/CONDEL nº 616/2012, que implicou a majoração das mensalidades dos usuários, foi ilegal e abusiva. 2. As entidades de autogestão não visam o lucro e constituem sistemas fechados, já que os planos que administram não estão disponíveis no mercado consumidor em geral, mas, ao contrário, a apenas um grupo restrito de beneficiários. 3. A segunda seção desta Corte Superior consagrou o entendimento de não se aplicar o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, haja vista a inexistência de relação de consumo. 4. Nos planos coletivos, a ANS restringe-se a monitorar o mercado, de modo que os parâmetros para a majoração das contribuições são decorrentes da livre negociação entre a operadora e a pessoa jurídica estipulante, possuidora de maior poder de negociação. 5. Na hipótese, a GEAP fazia uso de metodologia defasada para o custeio dos planos de saúde colocados à disposição dos beneficiários, qual seja, havia tão somente a cobrança de preço único para todos os usuários. Isso causou, ao longo do tempo, grave crise financeira na entidade, visto que tal modelo tornava os planos de assistência à saúde atrativos para a população mais idosa e menos atrativos para a população jovem, o que acarretou o envelhecimento da base de beneficiários e a aceleração do crescimento das despesas assistenciais. 6. Após intervenção da PREVIC na instituição e parecer da ANS no sentido da impossibilidade da continuidade da anterior forma de custeio, amparada em estudos atuariais, e para evitar a sua ruína, a Geap, através do seu Conselho Deliberativo paritário (CONDEL), aprovou diversas resoluções para atualizar o custeio dos respectivos planos de saúde, culminado com a aprovação da Resolução nº 616/2012, adotando nova metodologia, fundamentada no cruzamento de faixas etárias e de remuneração, a qual foi expressamente aprovada pela autarquia reguladora. 7. Não ocorreu reajuste discriminatório e abusivo da mensalidade pelo simples fato de a usuária ser idosa, mas a majoração do preço ocorreu para todos os usuários, em virtude da reestruturação do plano de saúde que passou a adotar novo modelo de custeio. Necessidade de substituição do "preço único" pela precificação por faixa etária, com amparo em estudos técnicos, a fim de restabelecer a saúde financeira dos planos de saúde geridos pela entidade, evitando-se a descontinuidade dos serviços da saúde suplementar. Descaracterização de alteração unilateral de preços pela operadora, cuja gestão é compartilhada (composição paritária entre os conselheiros escolhidos pelos patrocinadores e os eleitos pelos beneficiários). Participação dos próprios usuários nas questões atinentes à política assistencial e à forma de custeio do plano. 8. Não se constata nenhuma irregularidade no procedimento de redesenho do sistema de custeio do plano de saúde administrado pela Geap, devendo ser reconhecida a legalidade da Resolução nº 616/2012. Tampouco foi demonstrada qualquer abusividade no reajuste das mensalidades efetuados conforme a faixa etária do usuário. 9. Este Tribunal Superior já decidiu que, respeitadas, no mínimo, as mesmas condições de cobertura assistencial (manutenção da qualidade e do conteúdo médico-assistencial da avença), não há direito adquirido a modelo de plano de saúde ou regime de custeio, podendo o estipulante e a operadora redesenharem o sistema para evitar o seu colapso (exceção da ruína), desde

> que não haja onerosidade excessiva ao usuário ou a discriminação ao idoso. 10. Consoante ficou definido pela segunda seção no REsp nº 1.568.244/RJ, representativo de controvérsia, é válida a cláusula de reajuste de mensalidade de plano de saúde amparada na mudança de faixa etária do beneficiário, encontrando fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, sendo regra atuarial e asseguradora de riscos, o que concorre para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do próprio plano. Abusividade não demonstrada dos percentuais de majoração, que encontram justificação técnico-atuarial, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, garantindo a sobrevivência do fundo mútuo e da operadora. 11. Recurso especial provido (REsp 1673366/RS, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, T3 - Terceira Turma, *DJe* de 21.08.2017).

Não há, portanto, que se falar em abusividade dos reajustes efetuados, devendo ser mantida a sentença neste tocante.

Ultrapassadas estas questões, o apelante requereu, por eventualidade, a redução dos honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) para 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, que é de R$20.000,00 (vinte mil reais).

Dispõe o art. 85, § 2º, do CPC/15, *in verbis*:

> § 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.

A despeito de estar o valor arbitrado pelo magistrado na média indicada pela lei, diante da baixa complexidade da causa, cuja instrução probatória foi exclusivamente documental, aliado à sua natureza e importância, que busca a redução de mensalidade de plano de saúde de idoso, considero mais adequado reduzir o valor da verba honorária para 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, por atender aos preceitos legais e remunerar dignamente o trabalho exercido pelos patronos do apelado.

Por todo o exposto, dou parcial provimento ao recurso apenas para fixar em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa os honorários advocatícios.

Custas pelo apelante, por ter sucumbido de grande parte da pretensão recursal.

Majoro os honorários advocatícios para 15% (quinze por cento) do valor da causa, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Márcio Idalmo Santos Miranda e Amorim Siqueira.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo de instrumento - Direito ambiental e minerário - Ação anulatória de ato administrativo - Licenciamento para operação concedido à recorrente - Nulidade das licenças prévia e de instalação concedidas ao cedente - Manutenção das atividades - Possibilidade - Recurso provido.

- Obtida regulamente perante os órgãos administrativos e ambientais a renovação de seu licenciamento para operação de exploração de Sienito com validade até o ano de 2026, deve ser garantida à recorrente a manutenção de seu empreendimento, até que seja lhe oportunizado, no processo administrativo, o contrário e a ampla defesa.

- Ainda que a licença prévia e a licença de instalação sejam requisitos prévios à aquisição da licença de operação e de sua respectiva renovação, a declaração de nulidade das duas primeiras modalidades de licença não deve acarretar a automática extinção desta última modalidade de licença sem o devido processo administrativo para este fim, mormente quando a recorrente não fez parte dos primeiros atos, investiu no empreendimento e cumpriu com as condicionantes estabelecidas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.20.037828-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Andrade Minas Granito Ltda. - Agravado: Estado de Minas Gerais, Município de Caldas - Relator: DES. ALBERTO VILAS BOAS.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 4 de novembro de 2020. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

Voto

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Conheço do recurso. A espécie em exame.

Cuida-se de agravo de instrumento, interposto por Andrade Minas Granito Ltda. objetivando a reforma da decisão interlocutória do juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da comarca de Belo Horizonte que, no âmbito da ação anulatória de ato administrativo c.c. obrigação de fazer ajuizada em face do Estado de Minas Gerais e do Ministério do Estado de Minas Gerais, indeferiu a tutela de urgência.

Nas razões recursais, narra a recorrente que é a atual detentora de concessão de lavra referente ao processo minerário DNPM nº 830.279/1983, Portaria de Lavra nº 79/2004 e publicada em

28.04.2004, para exploração de Sienito, com empreendimento localizada na zona rural do Município de Caldas, no local denominado Fazenda Pedra Branca.

Relata que o título minerário passou para sua titularidade em 20.12.2007, por força de cessão onerosa de direitos minerários que teve como cedente a empresa Cléver Porfírio Garcia - FI, nos termos da legislação vigente.

Ressalta que o Ministério Público ingressou com ação civil pública contra Cléver Porfírio Garcia - FI objetivando a declaração da nulidade do processo de licença prévia da FEAM de nº 291/99/005/2002 e do processo de licença de instalação da FEAM de nº 291/99/006/2003, ambas vinculadas ao processo DNOM nº 830.297/1983 e emitidas à época pela Fundação Estadual do Meio Ambiente - FEAM.

Informa que o órgão ministerial fundamentou seu pedido de nulidade das licenças prévias e de instalação em razão de o início dos trabalhos de exploração de jazida pela detentora anterior ter ocorrido antes da outorga de portaria de lavra e da expedição de licença de operação, e que no local de instalação do empreendimento minerário estaria vedada a exploração mineral diante da importância turística e paisagística da área (Serra da Pedra Branca), a qual seria considerada patrimônio cultural.

Diz ter sido alegado, ainda, a irregularidade do procedimento administrativo de licença ambiental nos órgãos ambientais (COPAM, Prefeitura Municipal, DNPM, IEF, FEAM), pois teria sido ignorada a legislação protetiva da área e sobreposto interesses particulares aos coletivos.

Noticia que, não obstante a perícia judicial tenha concluído pela legalidade e regularidade do empreendimento, além de todo documentação comprobatória da regularidade do licenciamento ambiental juntada aos autos da ACP, a sentença foi proferida no sentido de declarar nulas as licenças prévias e de instalação emitidas pela FEAM e condenar os réus na obrigação de não fazer consistente em não realizar qualquer ato minerário na área em discussão, sob pena de multa diária.

Esclarece que, apesar de o acórdão proferido em sede de recurso de apelação ter reconhecido que o licenciamento corretivo foi posteriormente obtido, seguiu a mesma linha da sentença ao considerar que as circunstâncias de índole material (aspectos naturais) macularam com vícios de nulidade a legalidade das licenças.

Afirma que, durante todo o curso da ACP e mesmo por mais de 1 (um) ano após seu trânsito em julgado, continuou operando com o empreendimento, pois devidamente regularizado perante o órgão ambiental, totalizando 12 (doze) anos de atividade econômica lícita.

Alega que durante todo esse período, foram expedidas em seu favor as licenças de operação: Rev-LO nº 094/2012, emitida em 10.07.2012, válida até 02.07.2018; Rev-LO nº 263/2018, emitida em 13.11.2018 e válida até 13.11.2026 e salienta que a partir do final de 2007 operou por força da LO nº 452/2004 com validade até 24.06.2012, emitida em favor da antiga empreendedora.

Aduz que o Ministério Público expediu a Recomendação nº 006/2019 pela qual sugeriu, em razão da nulidade da licença de operação nº 452/2004 e da revalidação de licença de operação (REVLO), a revogação dos licenciamentos à Agência Nacional de Mineração - ANM, à Superintendência Regional de Meio Ambiente do Sul de Minas - SUPRAM-SM, ao Conselho Gestor da APA Santuário Ecológico da Pedra Branca - CONGEAPA e ao Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente de Caldas - CODEMA.

Destaca que quando da expedição da recomendação, que não possui efeito vinculante e nem obriga seu destinatário, estava com sua licença de operação revalidada até 13.11.2026, por força do processo administrativo nº 08422/2007/006/2018.

No entanto, salienta que o Estado de Minas Gerais, por intermédio da SUPRAM-SM, mesmo ciente de que não havia sido parte na ACP, simplesmente acatou a recomendação ministerial e arquivou o processo administrativo de licenciamento ambiental nº 08422/2007/006/2018, tendo apenas comunicado o ato de arquivamento sem qualquer fundamentação válida e sem oportunizar sua prévia manifestação, determinando meramente a sua intimação, suprimindo, assim, seu direito ao devido processos legal, amparado no contraditório e na ampla defesa.

Na sequência, aduz que o Município de Caldas, por intermédio do CODEMA, encaminhou-lhe o ofício nº 007/2019 informando a deliberação sobre a anulação da anuência n. 001/2018 concedida pela CONGEAPA quando da renovação de licença de operação de suas atividades minerárias, sendo que o CODEMA recomendaria ao CONGEAPA a proceder também desta forma e ao Município, no tocante à Certidão de Localização 008/2018 emitida em 26.02.2018, também necessária para possibilitar a renovação de sua licença.

Em contrapartida, indica que a ANM agiu de forma correta, eis que entendeu a princípio pela impossibilidade de vinculação da ACP ao seu título minerário, tendo decidido instaurar processo administrativo pautado pelas garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa antes de tomar qualquer decisão.

Assim, afirma que diante dos atos ilegais exarados, se viu forçada a paralisar suas atividades no final de dezembro de 2019, o que vem lhe gerando inestimáveis prejuízos e também à comunidade caldense.

Argumenta que, em 2014, foi instada pelo DNPM/ANM a atualizar seu Plano de Aproveitamento Econômico de Lavra (PAE), o que foi cumprido, tendo sido aprovado, em 30.01.2017, o novo PAE que lhe permite operar a mina por mais quase 21 (vinte e um) anos, com um produção de 50.000,00m³/ano (cinquenta mil metros cúbicos), de forma que se reestruturou para operar por mais pelo menos 25 (vinte e cinco) anos.

Fundamenta, portanto, que vem sendo prejudicada por decisões de arquivamento e anulação de atos administrativos ilegais e arbitrárias perpetradas pelos agravados, pois, antes de exarar aludidos atos, era imprescindível que os agravados cumprissem os dispositivos constitucionais e a

legislação que o rege o processo administrativo e analisassem a possibilidade de manutenção da licença de operação.

Acrescenta que não foi responsável por qualquer ato ilícito no tocante ao empreendimento, não praticou qualquer ato danoso ao meio ambiente, não foi parte na ACP e vem cumprindo a contento todas as normais minerárias e ambientais a que se sujeita o empreendimento, sendo certo que o acórdão da ACP não anulou sua licença de operação.

Destaca que os atos praticados impedirão a obtenção de nova licença ambiental uma vez que o Município de Caldas, por meio da Lei nº 1.973/2006, criou uma área de proteção ambiental no local que engloba a área em localizado seu empreendimento, sendo que a aludida legislação dispõe que não serão concedidas novas licenças para o referido local, somente sendo permitido o funcionamento das empresas que já estavam lá estabelecidas e devidamente licenciadas antes da entrada em vigor da lei.

Reforça não pretender rediscutir o mérito da ACP, mas tão somente demonstrar que a sentença de nulidade das licenças prévias e de instalação não possui o condão de estender os seus efeitos a outro ato administrativo que não foi questionado no processo (licença de operação) e cujo foi parte na ação.

Para que isso ocorresse, aduz que seria necessário, no mínimo, o devido processo administrativo nas esferas estadual e municipal, o que não se observou neste caso.

Sobre a existência do perigo de dano, salienta que estão comprovados nos autos os prejuízos que vem sofrendo com a paralisação de suas atividades, de forma que não pode aguardar o provimento final da ação.

Adiciona que a continuidade de suas atividades não representa risco de dano ao meio ambiente ou a qualquer outro direito ou garantia da coletividade ou de terceiros e não gera prejuízo aos réus, eis que desde 2004 a atividade encontra-se em funcionamento ininterrupto e regular, tendo suas licenças de operação sido sucessivamente renovadas.

Requer seja provido o recurso para que (I) se torne sem efeito a decisão de arquivamento do processo administrativo nº 08422/2007/00602018; (II) seja determinado que a SUPRAM-SM mantenha vigente e válida a Rev-LO nº 263/2018 que lhe foi concedida, com as mesmas condições da sua concessão, até resultado da ação principal; (III) torne sem efeito a decisão do CODEMA que deliberou pela nulidade da Anuência 001/2018 e que sejam mantidas válidas e vigentes a Anuência 001/2018 e a Certidão de localização nº 008/208, de responsabilidade do município de caldas; (IV) seja determinado ao CONGEAPA e ao Município de Caldas manterem inalteradas a Anuência 001/2018, e a Certidão de localização nº 008/2018, até o resultado final da ação principal.

A antecipação da tutela recursal foi mim concedida (e-doc. nº 246).

As contrarrazões foram apresentadas (e-doc. nº 254) e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (e-doc. nº 261).

Mérito.

Na espécie em exame, observa-se que após o ajuizamento da Ação Civil Pública nº 0016237-50.2006.8.13.0103 foram julgados parcialmente procedentes os pedidos para declarar nulas a licença prévia nº 291/99/005/2002 e a licença de instalação nº 291/99/006/2003 emitidas pela FEAM (e-doc. nº 32), sentença que foi confirmada pelo acórdão da Apelação Cível nº 1.0103.06.001623-7001 pela 7ª Câmara Cível deste Tribunal (e-doc. nº 33).

A agravante obteve, no final do ano de 2007, por meio da cessão onerosa os direitos minerários de explorar Sienito na denominada Fazenda Pedra Branca (e-doc. nº 12) e após a Recomendação nº 006/2019 (e-doc. nº 44) teve arquivado pela SUPRAM-SM seu processo de administrativo de revalidação de licença de operação (e-docs. nº 45 a 48), bem como teve anulada a anuência 001/2018 emitida pela CONGEAPA, atos que impedem, portanto, a continuidade de seu empreendimento.

Dessa forma, a controvérsia reside em saber, em síntese, se a nulidade das licenças prévia e de instalação concedidas ao cedente - Cléver Porfírio Garcia - FI repercute automaticamente nas licenças posteriores obtidas pela recorrente-cessionária uma vez que esta não foi parte na ação judicial que culminou nas anulações.

Com efeito, a avaliação que por ora faço é de caráter sumário e permite concluir pela existência de relevância jurídica na argumentação recursal.

Sim, pois durante transcurso da ação civil pública da qual não fez parte e mesmo após seu trânsito em julgado obteve a recorrente, de forma regular, a renovação de seu licenciamento para operação, sendo que a última licença concedida seria válida até 13.11.2026 (e-doc. nº 34 a 36).

Assim, ainda que a licença prévia e a licença de instalação sejam requisitos prévios à aquisição da licença de operação e de sua respectiva renovação, a declaração de nulidade das duas primeiras modalidades de licença não deve acarretar a automática extinção desta última modalidade de licença sem o devido processo administrativo para este fim.

É que à recorrente deve ser garantido o direito de manifestar-se e defender-se administrativamente, sobretudo quando não fez parte, como já mencionado, da ação judicial que acarretou as declarações de nulidades.

Ressalto que foi esse o entendimento adotado pela própria ANM (e-doc. nº 50) quando notificada sobre a Recomendação nº 006/2019, o que reforça a tese recursal.

Por certo, houve um alto investimento nas atividades de mineração e os próprios órgãos ambientais impuseram uma série de condicionantes para emissão das renovações e até mesmo a criação de um plano de aproveitamento econômico (e-doc. nº 96 a 98).

Assim, ainda que o resultado do processo administrativo seja desfavorável à recorrente, não me aparenta ser possível permitir que suas atividades permaneçam paralisadas, o que acarretará prejuízos irreversíveis de ordem financeira (e-doc. nº 91) e também a inúmeros funcionários da socie-

dade (e-doc. nº 92), o que evidencia, portanto, a existência do perigo de dano, especialmente nesta quadra que vivemos.

Vale ainda destacar que - diante da impossibilidade de concessão de novas licenças a partir da entrada em vigor da LM nº 1.973/2006 (e-doc. nº 99), com a permissão apenas do funcionamento de empresas que já estavam estabelecidas em Pedra Branca e devidamente licenciadas até sua edição - a manutenção da licença preexistente é o único meio da recorrente resguardar suas atividades, sendo este mais um motivo pelo qual a recorrente deve ter assegurado o exercício do contraditório e a ampla defesa.

Registre-se, por fim, que o posicionamento aqui adotado é de caráter precário e não reconhece a nulidade de qualquer ato administrativo, o que será averiguado após a dilação probatória, mas tão somente garante à recorrente e o direito de permanecer com suas atividades ativas durante o curso da ação já que o perigo de dano aparenta ser maior em face da recorrente uma vez que as condicionantes ambientais impostas estão sendo por ela cumpridas.

Conclusão.

Fundado nessas considerações, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada e conceder a tutela de urgência e determinar que até o julgamento da ação:

> (I) fique sem efeito a decisão de arquivamento do Processo Administrativo nº 08422/2007/00602018;
>
> (II) seja determinado que a SUPRAM-SM mantenha vigente e válida a Rev-LO nº 263/2018 que lhe foi concedida, com as mesmas condições da sua concessão, até resultado da ação principal;
>
> III) torne sem efeito a decisão do CODEMA que deliberou pela nulidade da Anuência 001/2018 e que sejam mantidas válidas e vigentes a Anuência 001/2018 e a Certidão de localização n. 008/208, de responsabilidade do município de caldas;
>
> (IV) seja determinado ao CONGEAPA e ao Município de Caldas manterem inalteradas a Anuência 001/2018, e a Certidão de localização nº 008/2018.

Custas pelos recorridos, observada as isenções legais.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

Apelações Cíveis - Ação de indenização por danos materiais e morais - Responsabilidade civil do Estado - Prisão em flagrante convertida em preventiva - Prisão especial - Prerrogativa inobservada - Ato ilícito - Dever de indenizar - Valor fixado em patamar razoável na sentença - Consectários da condenação.

1. Nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, o Estado responde objetivamente pelos danos causados a terceiros por atos comissivos ou omissivos praticados por seus prepostos.

2. Para que reste configurada a responsabilidade civil objetiva e, portanto, o dever de indenizar, é preciso que restem demonstrados um ato ilícito e um dano dele decorrente, umbilicalmente ligados por um nexo de causalidade.

3. Não se pode reputar ilicitude na deflagração da ação penal arrimada em justa causa, até porque o Estado tem o Poder-Dever de exercer o *jus puniendi* por meio do devido processo legal.

4. Nos termos do art. 295, V, do CPP, serão recolhidos a quarteis ou prisão especial o preso provisório que seja oficial das Forças Armadas e os militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios.

5. A mera inobservância da prerrogativa da prisão especial, com o consequente encarceramento do acusado em cela destinada aos demais presos comuns, gera dano moral passível de indenização.

6. O valor da condenação imposta à Fazenda Pública deve ser atualizado com juros de mora desde a citação, de acordo com os índices de remuneração da caderneta de poupança, além de correção monetária pelo IPCA-E desde o arbitramento, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 870.947.

Apelação Cível nº 1.0000.20.049705-5/001 - Comarca de Montes Claros - Apelantes: Estado de Minas Gerais, Oswaldo Heliodoro dos Santos Sobrinho - Apelados: Estado de Minas Gerais, Oswaldo Heliodoro dos Santos Sobrinho. - 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 primeiro recurso e dar parcial provimento ao segundo.

Belo Horizonte, 20 de agosto de 2020. - *Wagner Wilson Ferreira*. – Relator.

Voto

DES. WAGNER WILSON FERREIRA - Recursos de apelação, interpostos pelo Estado de Minas Gerais e por Oswaldo Heliodoro dos Santos Sobrinho, contra a sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Montes Claros (ordem nº. 155/159) que, nos autos de ação indenizatória ajuizada pelo segundo apelante, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para condenar o primeiro apelante ao pagamento de R$5.000,00 (cinco mil reais), corrigidos segundo a TR desde o arbitramento e com juros de mora, segundo a caderneta de poupança, desde a citação.

Em razão da sucumbência recíproca, ambas as partes foram condenadas ao pagamento de honorários aos patronos do adverso, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, na proporção de 50% (cinquenta por cento) cada um.

O primeiro apelante afirma (ordem nº. 160) que não houve qualquer ilegalidade na prisão em flagrante do apelado, porquanto arrimada nos requisitos do art. 312 do CPP. Alega que não há provas de que câmeras teriam captado imagens capazes de demonstrar a negativa de autoria e de que tais fatos já poderiam ter sido verificados de plano, quando da formalização da prisão cautelar.

Sustenta que, se acaso existente, o vídeo deveria ter sido apresentado pela defesa do acusado e que, na fase administrativa da persecução penal, vigora o princípio do *in dubio pro societate*. Aduz que o exercício regular das atividades estatais, despidas de qualquer arbitrariedade, não pode ser ensejadora de indenização por danos morais.

Assevera que, no momento da detenção do autor, não havia provas de que ele fazia jus à prisão especial e que, ainda assim, referido benefício concretiza-se com a mera separação do preso dos demais, em local distinto da prisão comum. Afirma que o militar punido com a pena de demissão não faz jus à prisão especial.

Alega que um magistrado decidiu por referendar a prisão em flagrante e convertê-la em preventiva, não podendo o Estado ser responsabilizado por atos jurisdicionais. Sustenta que, em caso de manutenção da condenação, os ônus de sucumbência devem ser redistribuídos na proporção de 80% (oitenta por cento) para o autor e apenas 20% (vinte por cento) a seu cargo, bem como que sejam adotados os critérios de correção monetária e juros moratórios previstos na Lei nº 9.494/97, a contar do trânsito em julgado.

Pugna, assim, pelo provimento do recurso para que a sentença seja integralmente reformada e sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais ou, subsidiariamente, para que os ônus sucumbenciais sejam redistribuídos e os consectários legais da condenação adequados à Lei nº 9.494/97.

Embora intimado, o primeiro apelado não apresentou contrarrazões ao apelo.

O segundo apelante afirma (ordem nº. 162) ter sido preso injustamente e estar sendo processado pelos delitos de estupro de vulnerável e falsidade ideológica. Sustenta que, ao ser apresentado perante a autoridade policial, identificou-se como militar reformado e graduado em Ensino Superior.

Diz que o Delegado de Plantão, ao entrar em contato com auditor militar para confirmar a sua qualidade de Tenente Reformado, foi informado que tais alegações seriam inverídicas. Aduz ser absurda tal conclusão, porquanto apresentou documento de identificação militar no ato de sua prisão.

Narra ter sido encarcerado em cela comum, na presença de criminosos, em situação vexatória, degradante e que pôs em risco sua vida. Assevera que apenas foi transferido para cela especial, a que teria direito dias depois do ocorrido e a prisão preventiva só foi convertida em domiciliar, posteriormente revogada, mais de cem dias depois.

Alega que, no momento da prisão indevida, também comunicou aos agentes a existência de câmeras de segurança no local do crime, cujas imagens seriam capazes de comprovar a sua inocência, tendo sido ignorado. Afirma que, pouco tempo depois, o local teria sido invadido por bandidos, que furtaram o sistema de câmeras, impossibilitando sua defesa.

Conclui que todos esses fatores - aliados aos seus 79 anos de idade na data da prisão indevida - devem ser levados em consideração para que a indenização por danos morais seja devidamente majorada. Destaca que nunca mais conseguiu se desvencilhar da pecha de pedófilo e estuprador, o que o afastou do seu ofício de pastor evangélico e de sua mercearia, local onde os fatos que lhe foram imputados teriam ocorridos.

Cita doutrina e jurisprudência e pugna pelo provimento do recurso para que a sentença seja parcialmente reformada, para que (i) seja o Estado de Minas Gerais condenado, (I) ao pagamento dos danos materiais a serem apurados em liquidação, (II) seja a indenização por danos morais majorada para R$50.000,00 (cinquenta mil reais), (III) sejam os ônus de sucumbência redirecionados integralmente para o apelado, (IV) sejam os consectários da condenação fixados de acordo com o RE 870.947, com termo inicial dos juros e da correção monetária a partir do evento danoso.

Contrarrazões ao segundo recurso, em ordem nº. 164, pelo desprovimento do recurso.

É o Relatório. Decido.

Conheço dos recursos, porquanto presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade, e passo à sua análise conjunta, dada a prejudicialidade existente entre eles.

Cinge-se a controvérsia, nesta instância revisora, em se verificar a existência do dever do Estado de Minas Gerais em indenizar o autor, em virtude de danos materiais e morais experimentados em virtude da (I) legalidade de sua prisão em flagrante, posteriormente convertida em preventiva. A contenda também se estende, em caso de reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, no *quantum* a ser fixado na indenização, nos índices de atualização da condenação e na distribuição dos ônus sucumbenciais.

Pois bem. Nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, o Estado responde objetivamente pelos danos causados a terceiros por atos comissivos ou omissivos praticados por seus prepostos. Especificamente, em se tratando de ato estatal jurisdicional, isso é, emanado do Poder Judiciário, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que, salvo nos casos previstos no art.

5°, LXXV, da Constituição da República - erro judiciário e prisão além do tempo fixado na sentença - e daqueles expressamente previstos em lei, não haverá responsabilidade civil ensejadora do dever de indenizar.

Eis precedente daquela Corte:

> Direito Administrativo. Agravo interno em recurso extraordinário com agravo. Vinculação ao juízo de admissibilidade do tribunal de origem. Inviabilidade. Responsabilidade civil por ato judicial. Hipóteses previstas em lei. Precedentes. 1. O relator não precisa rebater, nem está vinculado aos fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem no juízo de admissibilidade. Precedentes. 2. A responsabilidade objetiva do Estado por atos judiciais só é possível nas hipóteses previstas em lei, sob pena de contenção da atividade do Estado na atividade jurisdicional regular. No caso dos autos, não houve prisão além de tempo fixado em sentença, nem erro judiciário. A mera denúncia pelos promotores não enseja dano moral indenizável, mesmo que posteriormente o acusado tenha sido considerado inocente. Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento (STF. ARE 833909 AgR/SC. Relator Min. Roberto Barroso, Dje 02.05.2017).

Fixada essa primeira premissa, para que reste configurada a responsabilidade civil objetiva e, portanto, o dever de indenizar, é preciso que restem demonstrados um ato ilícito e um dano dele decorrente, umbilicalmente ligados por um nexo de causalidade.

No caso em análise, colhe-se dos autos que o autor foi preso em flagrante por suposto estupro de vulnerável praticado contra criança de 10 (dez) anos de idade, no interior de sua mercearia. Consoante se extrai da "nota de culpa e de ciência de garantias constitucionais" (05), não houve irregularidades na prisão em flagrante, especialmente porque não relaxada e convertida em prisão preventiva pelo juízo criminal.

Referida prisão encontrou arrimo nos art. 302, II, do CPP, porquanto efetivada no local do crime contra a dignidade sexual da menor, horas depois da sua alegada consumação. O encarceramento, em si - bem como a sua ulterior conversão em prisão preventiva e domiciliar - também não constituíram qualquer arbitrariedade, já que em delitos sexuais, a palavra da vítima tem especial importância, notadamente no momento prefacial do processo.

A propósito:

> Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Estupro de vulnerável. Apelação interposta pelo assistente de acusação. Legitimidade. Palavra da vítima. Especial relevância. Súmula 83/STJ. Revolvimento fático probatório. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Dosimetria. Pena-base. Consequências do crime. Fundamentação idônea. Agravo improvido. [...] 4. Nos crimes sexuais, a palavra da vítima possui especial relevo, tendo em vista sobretudo o modus operandi empregado na prática desses delitos, cometidos, via de regra, às escondidas. Súmula 83/STJ. [...] (AgRg nos EDcl no AREsp 1565652/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 16.06.2020, DJe 23.06.2020).

Com efeito, não há ato ilícito a ser imputado aos agentes policiais que efetuaram a prisão em flagrante ou à magistrada que a converteu em prisão preventiva e, posteriormente, em domiciliar. Tampouco se pode reputar ilicitude na deflagração da ação penal, em si, até porque o Estado tem o Poder-Dever de exercer o *jus puniendi* por meio do devido processo legal.

Reforça essa primeira conclusão o fato de o réu ter sido condenado em primeira instância pela prática do crime de estupro de vulnerável, nos autos da Ação Penal de nº. 0296369-75.2015.8.13.0433, pendente de recurso de apelação.

Por outro lado, há prova, nos autos, de que o autor é militar da reserva, desde o ano de 1967 (ordem nº 42), e que assim se identificou no momento de sua apresentação à autoridade policial, conforme relatado tanto no boletim de ocorrência (ordem nº 05/06) quanto na lavratura do auto de prisão em flagrante (ordem nº 07/08).

Nada obstante o preso tenha apresentado documento de identificação neste sentido, o Delegado de Polícia responsável contatou autoridade militar para averiguar a sua autenticidade. Naquela oportunidade, referida autoridade equivocadamente afirmou que o investigado nunca fora militar e que o documento apresentado seria falso, fato que, inclusive, motivou mais tarde oferecimento de denúncia também por falsidade ideológica.

É o que se colhe, mais uma vez, do boletim de ocorrência e do auto de prisão em flagrante.

Portanto, nesse ponto, é inegável o ato ilícito praticado não pelo Delegado de Polícia responsável pelo auto de prisão em flagrante, mas pelo auditor militar responsável pela falsa comunicação de crime de falsidade ideológica, cujo ato impediu que o preso gozasse da prerrogativa legal de encarceramento em quartel ou cela especial.

Ora, nos termos do art. 295, V, do CPP, serão recolhidos a quarteis ou prisão especial o preso provisório que seja oficial das Forças Armadas e os militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios. E, conforme dispõe o art. 3º, § 2º, da Lei nº 5.301/69 do Estado de Minas Gerais, o inativo não perde a qualidade de militar, estando tão somente na reserva.

Com efeito, é patente que o segundo apelado teve tolhida a sua prerrogativa ao ser recolhido em batalhão da polícia militar ou em prisão especial. Em razão da inobservância desse direito, permaneceu preso cautelarmente por 04 (quatro) dias em cela comum, com outros presos, se sujeitando a riscos à sua integridade, dada a sua condição de idoso e de militar da reserva.

Nessa toada, ao contrário do que afirma o primeiro apelante, o réu jamais sofreu pena de demissão da Polícia Militar. Ao contrário, requereu ao Governador do Estado, em 1967, a sua transferência para a reserva (ordem nº 42) o que, como dito, não compromete a sua condição de militar e infirma o seu direito à prisão especial.

Portanto, nesse aspecto, houve a prática de ato ilícito ligado ao evidente dano a Direito da Personalidade, justificador do dever de indenizar.

Mutatis mutandis, assim já se decidiu neste Tribunal de Justiça:

> Processual Civil. Indenização por erro judiciário. Absolvição em segunda instância. Ausência de dolo e fraude do agente estatal. Cumprimento da prisão do autor (advogado) em desacordo com prerrogativa legal. Dano moral devidamente configurado. Manutenção da sentença. 1. O fato de autor ter sido absolvido em segunda instância não é suficiente, por si só, para o fim indenizatório pretendido, pois para tanto se faz necessária a prova de conduta dolosa ou má-fé do agente do Estado na ação criminal, o que não restou comprovado nos autos. 2. Segundo disposição do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7º, inc. 5º), tem o advogado o direito de legal de ser recolhido preso em cela especial ou, na sua falta, em prisão domiciliar, respondendo o Estado pelo descumprimento desta prerrogativa ao cumprir ordem de prisão cautelar do autor. 3. Preliminares rejeitadas e sentença reformada, em reexame necessário, e prejudicado o recurso voluntário (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0105.07.244820-9/001, Relator: Des. Edgard Penna Amorim, 8ª Câmara Cível, j. em 24.05.2012, p. em 05.06.2012).

Superado esse ponto, o segundo apelante também sustenta que, quando preso em flagrante, afirmou em mais de uma oportunidade aos policiais militares e ao Delegado de Polícia que haveria câmeras de segurança em sua mercearia, local dos fatos a ele imputados, e que as suas imagens poderiam facilmente comprovar sua tese de negativa de autoria do delito.

Segundo narra, no entanto, tanto os agentes responsáveis pela investigação quanto o Ministério Público ignoraram veementemente o meio de prova por ele indicado. Nesse interim, afirma que, no dia seguinte à sua prisão, o seu estabelecimento foi invadido por bandidos e que o sistema de monitoração teria sido furtado, com o desaparecimento da prova cabal de sua inocência.

De fato, colhe-se do boletim de ocorrência e do auto de prisão em flagrante que o segundo apelante indicou a existência de referidas câmeras e que, em princípio, sua apreensão não integrou a linha de investigação da polícia. Porém, isso por si só, não constitui ato ilícito capaz de influenciar na indenização devida pelo Estado.

Ora, ainda que o art. 6º, III, do CPP disponha que a autoridade policial deve colher todas as provas que servem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias, não se pode olvidar que, a teor do art. 14 do mesmo diploma, o indiciado pode requerer ao presidente do inquérito qualquer diligência para a elucidação do ocorrido.

Isso guarda relevância no caso concreto, já que, desde o momento de sua condução perante a autoridade policial, o preso já tinha defensor constituído e a sua família tinha ciência de seu encarceramento provisório. Portanto, é no mínimo curioso que se tenha insistido tanto na obtenção dos referidos vídeos perante os agentes públicos, mas em momento algum tenha a defesa os oferecido espontaneamente nos autos do inquérito.

Aliás, com a devida vênia - e sem se realizar qualquer juízo de valor da condenação em si, até para se preservar a alçada deste juízo cível - é pouco verossímil, porquanto demasiadamente trágica, a narrativa de que o sistema de monitoração, com o malfadado vídeo, teria sido surrupiado no interior do local do delito um dia após a prisão do investigado.

Aliás, como regra quase absoluta, as gravações de imagens - se existentes - são armazenadas em alguma rede ou computador, de forma que a remoção ou a danificação das câmeras não as compromete. Com efeito, em tendo havido o furto, é de todo razoável se supor que as imagens mencionadas pelo segundo apelante ainda assim remanesceriam intactas, se é que o mencionado sistema de monitoramento realmente registrou o ocorrido.

Mais a mais, não há, nos autos, qualquer prova de que o referido furto efetivamente ocorreu, nem mesmo um boletim de ocorrência lavrado por funcionários ou familiares do preso.

Portanto, à mingua de ato ilícito, não há que se cogitar em danos morais e, muito menos, materiais consubstanciados na restituição do valor dos equipamentos supostamente furtados.

E, assim sendo, dentre todos os fatores levantados no segundo recurso, o único determinante para a aferição da real extensão do dano a ser indenizado é a inobservância da prerrogativa da prisão especial. Frise-se que a estigmatização do apelante perante a sociedade como "estuprador" e "pedófilo" não pode ser imputada ao Estado, que vem presidindo o processo sem espetacularizações e com absoluto respeito ao postulado da presunção de inocência.

Nessa toada, considerando-se que a prisão em cela comum perdurou por apenas quatro dias, bem como que - a despeito da idade avançada do preso - não há prova de qualquer intercorrência concreta à sua integridade, como abusos, maus tratos ou agressões, tenho que o valor de R$5.000,00 (cinco mil reais) arbitrado na sentença é mais que suficiente para amenizar os percalços por ele sofridos.

Referido montante deve ser atualizado com juros de mora desde a citação, de acordo com os índices de remuneração da caderneta de poupança, além de correção monetária pelo IPCA-E, desde o arbitramento, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 870.947.

Por isso, a sentença merece uma pontualíssima reforma, apenas no tocante ao índice de correção monetária aplicável ao caso dos autos. Inclusive, irretocável também a distribuição dos ônus sucumbenciais nela consignado.

Muito embora a fixação da indenização por danos morais em valor aquém do postulado não gere sucumbência recíproca (Súmula nº 326 do STJ), no caso dos autos, o autor cumulou o pedido indenizatório com o pleito de reparação por danos materiais. Em tendo obtido êxito em apenas um deles, sucumbiu em 50% (cinquenta por cento) de sua pretensão.

Conclusão

Mediante o exposto, nego provimento ao primeiro recurso e dou parcial provimento ao segundo, apenas para determinar que a correção monetária do valor fixado a título de indenização por danos morais dê-se de acordo com o IPCA-E, desde o seu arbitramento.

Em razão do desprovimento do primeiro recurso, majoro os honorários devidos ao patrono do primeiro apelado para 12% (doze por cento) do valor da causa, na proporção estabelecida na sentença.

Custas recursais *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Bitencourt Marcondes e Leite Praça.

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

Apelação cível - Ação de indenização - Ausência de emissão de parecer sobre o mérito da demanda pelo representante do Ministério Público em primeiro grau, embora oportunizada a intervenção - Circunstância inábil a gerar nulidade do procedimento - Responsabilidade civil do Estado - Regência pela teoria do risco administrativo - Elementos imprescindíveis à configuração - Fato administrativo ou conduta de agente público, dano efetivo e nexo de causalidade - Presença apenas em relação ao ente federado - Instituição financeira que se caracteriza como simples executora - Lesão moral - Ocorrência - Quantificação da indenização de acordo com os critérios da razoabilidade, justa composição e prevenção - Recurso parcialmente provido.

- Somente é hábil a gerar a nulidade do procedimento a ausência de oportunidade ao Ministério Público para atuar como fiscal da lei e não a ausência, em si, de tal atuação do Órgão Ministerial.

- A responsabilidade civil pessoas jurídicas de direito público, pelos atos que seus agentes praticam nessa qualidade, é objetiva e rege-se pela teoria do risco administrativo, dispensando, assim, a prova do dolo ou do culpa pelas condutas comissivas ou omissivas lesivas, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República de 1988.

- Entretanto, porque a responsabilidade do Estado não se submete à Teoria do Risco Integral, é necessária a presença concomitante do fato administrativo ou da conduta atribuída ao Poder Público, do dano efetivo e do nexo de causalidade entre esses elementos, para o surgimento do dever de indenizar.

- Na situação jurídica concreta, a instituição financeira funciona como mera executora tanto da ordem de transferência de valores de depósitos judiciais ao ente federado, decorrente da Lei Estadual nº 21.720/2015, como da ordem judicial de pagamento de alvarás.

- A impossibilidade de levantamento de valores depositados judicialmente, destinados à subsistência de pessoa idosa e incapaz, por fato administrativo atribuível ao Estado de Minas Gerais, é circunstância com potencial de gerar presunção de ofensa ao patrimônio moral.

- Constatada a presença de todos os elementos necessários ao reconhecimento da responsabilidade civil do ente federado, surge, para ele, o dever de indenizar os danos sofridos pela vítima do fato administrativo.

- A indenização por danos morais não deve implicar em enriquecimento ilícito, tampouco pode ser irrisória, de forma a perder seu caráter de justa composição e prevenção.

Apelação Cível nº 1.0000.20.058933-1/001 - Comarca de Ituiutaba - Apelante: Albina Maria Angelo Repda pelo Curador Gilson José Gondim - Apelados: Banco do Brasil S/A, Estado de Minas Gerais. - Relator: Des. Leite Praça.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em rejeitar a preliminar e dar parcial provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 22 de outubro de 2020. - *Leite Praça*. – Relator.

Voto

DES. LEITE PRAÇA - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Albina Maria Ângelo, representada por Gilson José Gondin, contra a r. sentença proferida pelo Exmo. Juiz de Direito da 1ª Vara da Cível da Comarca de Ituiutaba, que julgou improcedente o pedido deduzido na petição inicial de ação indenizatória, ajuizada em desfavor do Estado de Minas Gerais e do Banco do Brasil S/A, impondo à autora o pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios de sucumbência, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, verbas cuja exigibilidade restou suspensa, por ser a parte beneficiária da gratuidade da Justiça.

A apelante informa que, após sofrer acidente vascular cerebral, tornou-se incapaz para a prática de atos da vida civil e está submetida à curatela, mostrando-se necessária a liberação mensal de valores depositados judicialmente, através de alvarás, para sua subsistência. Narra que, em janeiro de 2017, não conseguiu ter acesso às quantias imprescindíveis ao custeio de suas despesas, pois, segundo a instituição financeira apelada, inexistiam fundos suficientes para o pagamento do alvará, em razão de bloqueio e repasse de valores ao Estado de Minas Gerais, realizados em razão da Lei Estadual nº 21.720/2015. Noticia que somente no final de maio de 2017 foi possível compensar o alvará, situação viabilizada pela concessão da medida liminar pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5353, que impediu novos repasses de depósitos judiciais ao ente federado. Argumenta que tais circunstâncias ultrapassam o mero aborrecimento e configura lesão extrapatrimonial, especialmente se considerada a natureza da verba inacessível por cerca de cinco meses. Partindo de tais premissas, sustenta estarem presentes todos os requisitos necessários para o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva dos apelados, que devem lhe indenizar, a título de danos morais, a quantia de R$40.000,00 (quarenta mil reais).

Contrarrazões apresentadas pelo Bando do Brasil à Ordem nº 80.

O Estado de Minas Gerais, por sua vez, carreou sua defesa recursal à Ordem nº 82, apontado, de forma inovadora, o descumprimento do disposto nos arts. 4º, § 3º e 6º, parágrafo único, da Lei Estadual nº 21.720/2015 pelo Banco do Brasil, circunstância que torna a instituição financeira única responsável por eventual dano moral no caso concreto.

Determinada a intimação das partes à Ordem nº 88, em atenção às normas insertas nos arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil, sobrevieram aos autos as manifestações de Ordens nº 89, nº 90 e nº 91.

A Procuradoria Geral de Justiça emitiu o parecer de Ordem nº 96, arguindo preliminar de nulidade do procedimento, por ausência de manifestação do representante do Ministério Público com atuação em Primeiro Grau acerca do mérito da demanda.

É o Relatório.

Admissibilidade

Conheço o recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Da preliminar arguida em parecer ministerial

Rejeito a preliminar de nulidade de procedimento aduzida pela Procuradoria Geral de Justiça no parecer de Ordem nº 96.

Isso porque a simples análise dos autos revela que o ilustre Magistrado de Primeiro Grau, após encerrada a fase de instrução, proferiu o despacho de Ordem nº 68, consignando "considerando que a autora é incapaz, dê-se vista ao IRMP".

Regularmente intimado, o Órgão Ministerial com atuação na Instância de origem, exercendo sua independência funcional, com a autonomia e a discricionariedade a ela inerentes, optou por se manifestar apenas sobre questão preliminar, deixando de emitir parecer sobre o mérito da demanda (Ordem nº 70).

E, como cediço, somente é hábil a gerar a nulidade do procedimento a ausência de oportunidade ao Ministério Público para atuar como fiscal da lei e não a ausência, em si, de tal atuação do Órgão Ministerial.

Nesse mesmo sentido:

> Apelação Cível. Ação de indenização por danos morais. Nulidade parcial do processo. Ausência de intimação do *parquet* para oferta de parecer final. Intimação ocorrida. Improcedência. Ausência de prova da qualidade de consumidor dos serviços de água. Nulidade da sentença. Ausência de vício. Matéria debatida entre as partes. Ônus probatório. Desprovimento do apelo. - Nos termos do artigo 178, da novel legislação processual civil, o Ministério Público deverá intervir como fiscal da ordem jurídica nos processos que envolvam interesse de incapazes. - O que enseja nulidade nas ações em que há obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público é a falta de intimação de seu representante, não propriamente a ausência de efetiva manifestação. [...] (TJMG, Apelação Cível nº 1.0487.16.001760-3/001, Relator: Des. Wilson Benevides, 7ª Câmara Cível, j. em 06.11.2018, p. em 13.11.2018).

Por conseguinte, rejeito a preliminar arguida pela Procuradoria Geral de Justiça.

Da análise do caso concreto

É certo que a lei material civil atribui, de forma expressa, responsabilidade civil àquele que, por conduta ilícita, causa dano, ainda que de caráter exclusivamente moral, a outrem.

Sobre a temática, cito:

> O individuo, na sua conduta anti-social, pode agir intencionalmente ou não; pode proceder por comissão ou por omissão; pode ser apenas descuidado e imprudente. Não importa. 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 [...].
>
> Como categoria abstrata, o ato ilícito reúne, na sua etiologia, certos requisitos que pode, ser sucintamente definidos: a) uma conduta, que se configura na realização intencional ou meramente previsível de um resultado exterior (Enneccerus); b) a violação do ordenamento jurídico, caracterizada na contraposição do comportamento à determinação de uma norma (Enneccerus); c) a imputabilidade, ou seja, a atribuição do resultado antijurídico à consciência do agente; d) a penetração da conduta na esfera jurídica alheia, pois, enquanto permanecer inócua, desmerece a atenção do direito (PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituição de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral do direito civil. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2004, p. 654).

Também incontroverso que o art. 37, § 6º, da Constituição da República de 1988 adota a Teoria do Risco Administrativo e institui a responsabilidade civil objetiva do Estado tanto por atos comissivos quanto omissivos, impondo ao Poder Público o dever de reparar os danos causados por seus agentes no desempenho de suas atividades administrativas, independentemente da comprovação do elemento subjetivo do dolo ou culpa.

Porém, ainda que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público independa da prova do elemento subjetivo, para o surgimento do dever de indenizar ainda são necessárias e imprescindíveis provas do fato atribuído ao Poder Público (fato administrativo), do dano e do nexo de causalidade entre esses dois elementos.

Corroborando o exposto, transcrevo:

> 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. Logicamente, se o dito lesado não prova que a conduta estatal lhe causou prejuízo, nenhuma reparação terá a postular.
>
> O último pressuposto é o nexo causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou culpa. [...].

> O nexo de causalidade é fator de fundamental importância para a atribuição de responsabilidade civil do Estado. [...]. Para que se tenha uma análise absolutamente consentânea com o mandamento constitucional, é necessário que se verifique se realmente houve um fato administrativo (ou seja, um fato imputável à Administração), o dano da vítima e a certeza de que o dano proveio efetivamente daquele fato. [...].
>
> O fato de ser o Estado sujeito à teoria da responsabilidade objetiva não vai ao extremo de lhe ser atribuído o dever de reparação de prejuízos em razão de tudo o que acontece no meio social, é essa a razão d repúdio à denominada teoria do risco integral, que, como já vimos, é injusta, absurda e inadmissível no direito moderno. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 458-460)
>
> Não basta que o agente haja procedido contra jus, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um erro de conduta". Não basta, ainda, que a vítima sofra um dano, que é elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação de indenizar.
>
> É necessário, além da ocorrência dos dois elementos precedentes, que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de Demogue, «é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria» (Traité des Obligations em general, v. 4, n. 66). (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 85)

Estabelecidas tais premissas de direito material, insta salientar ainda que, em fiel observância ao devido processo legal, à autora, ora apelante, incumbia comprovar a veracidade dos fatos invocados como causa de pedir de sua pretensão, assim como aos réus/recorridos, a prova da veracidade dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da requerente, nos termos do art. 373 do Código de Processo Civil.

Nesse contexto, ao analisar os ônus da prova sob o seu prisma de regras de julgamento dirigidas ao órgão jurisdicional, necessário considerar as seguintes elucidações doutrinárias:

> No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligencia ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova. Este ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. [...
>
> O ônus da prova refere-se à atividade processual de pesquisa da verdade acerca dos fatos que servirão de base ao julgamento da causa. Aquele a quem a lei atribui o encargo de provar certo fato, se não exercitar a atividade que lhe foi atribuída, sofrerá o prejuízo de sua alegação não ser acolhida na decisão judicial.
>
> Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.
>
> No dizer de Kisch, o ônus da prova vem a ser a necessidade de provar para vencer a causa, de sorte que nela se pode ver uma imposição e uma sanção de ordem processual.
>
> Inexistindo obrigação ou dever de provar para a parte, o ônus da prova se torna, em última análise, um critério de julgamento para o juiz: sempre que, ao tempo da sentença, ele se deparar com falta ou insuficiência de provas para retratar a veracidade dos fatos controvertidos, o juiz decidirá a causa contra aquele a quem o sistema legal atribuir o ônus da prova, ou seja, contra o autor, se foi o fato constitutivo

> do seu direito o não provado; ou contra o réu, se o que faltou foi a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo invocado na defesa (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2015, p. 875-876).

Pois bem.

Ao meu sentir, deve ser reconhecida a responsabilidade civil objetiva do Estado de Minas Gerais no caso concreto.

Isso porque é possível apreender a existência de fato administrativo atribuível ao ente federado, o dano extrapatrimonial sofrido pela recorrente e o nexo de causalidade entre tais elementos.

Ora. Restou demonstrado por provas documentais, e incontroverso por ausência de impugnação específica, que o representante legal da recorrente, pessoa submetida à curatela (Ordens nº 03 a nº 05 e nº 09), não conseguiu levantar os valores insertos nos alvarás de Ordem nº 07, em razão da ausência de fundos nos depósitos judiciais, situação ocasionada pela transferência de quantias ao Estado de Minas Gerais, realizada com fulcro na Lei Estadual nº 21.720/2015, norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5353, em julgamento realizado em 11.05.2020.

Eis o teor do art. 1º da lei recentemente declarada inválida:

> Art. 1º - Os depósitos judiciais em dinheiro, tributários e não tributários, realizados em processos vinculados ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG - poderão ser transferidos para conta específica do Poder Executivo, para o custeio da previdência social, o pagamento de precatórios e assistência judiciária e a amortização da dívida com a União.

Portanto, bastante claro o fato administrativo atribuível ao Estado de Minas Gerais e o nexo de causalidade com o dano alegado pela recorrente, quais sejam, apropriação de valores de depósitos judiciais com a inviabilização de pagamento de alvará judicial expedido em favor da incapaz.

Nesse ponto, necessário esclarecer que o Banco do Brasil, na situação jurídica concreta, funciona como mero executor tanto da ordem de transferência de valores de depósitos judiciais para o Estado de Minas Gerais, posta na Lei Estadual nº 21.720/2015, como da ordem judicial de pagamento de alvará.

Como consequência, a instituição financeira custodiante não possui poder de determinação para negar a entrega de valores ao Estado de Minas Gerais ou obrigação legal de cobrir alvarás expedidos pelo Poder Judiciário, quando constatada a inexistência de fundos suficientes nos depósitos judiciais.

Nesse mesmo sentido, cito o seguinte julgado desse egrégio Tribunal de Justiça:

> Mandado de segurança criminal. Lei Estadual nº 21.720/2015. Manutenção e recomposição do fundo de reserva. Incumbência do estado. Ausência de responsabilidade da instituição financeira, que atuou como mera auxiliar do juízo. Direito líquido e certo violado. I. A Lei Estadual nº 21.720/2015 é expres-

> sa no sentido de que incumbe ao Estado de Minas Gerais a manutenção e recomposição do fundo de reserva para restituição e pagamento de depósitos judiciais, não podendo tal responsabilidade ser transferida para a instituição financeira, sob pena de vilipendiar o patrimônio daquele que atuou como mero depositário judicial (TJMG, Mandado de Segurança nº 1.0000.17.037469-8/000, Relator: Des. Alberto Deodato Neto, 1ª Câmara Criminal, j. em 22.08.2017, p. em 29.08.2017).

Relativamente à suposta responsabilidade da instituição financeira, por inobservância ao disposto no art. 4º, § 3º, da Lei Estadual nº 21.720/2015, tal tese defensiva foi apresentada de forma inovadora pelo Estado de Minas Gerais, nas contrarrazões de Ordem nº 82.

Assim, como não houve submissão ao contraditório, inclusive com a oportunidade de dilação probatória imprescindível à demonstração da veracidade do argumento estatal, a tese inovadora não comporta apreciação e decisão nessa via recursal.

Quanto à eventual responsabilidade exclusiva do Banco do Brasil, arguida pelo ente federado em razão da norma do art. 6º, parágrafo único, da Lei Estadual nº 21.720/2015, a alegação, além de também configurar inovação recursal, revela-se sem nenhum amparo jurídico, já que tal dispositivo versa sobre comunicação entre o Poder Judiciário e Poder Executivo, sem qualquer referência ao agente financeiro custodiante, que é simples executor de atos concretos inerentes aos depósitos judiciais.

Logo, tendo em vista a controvérsia delineada e decidida perante a Primeira Instância, não é possível apreender fato administrativo, gerador de lesão à recorrente, imputável ao Banco do Brasil.

Estabelecidas tais premissas, saliento ser patente a potencialidade lesiva do fato administrativo imputável ao Estado de Minas Gerais ao patrimônio moral da vítima, pois, indubitavelmente, a indisponibilidade de valores destinados à subsistência de pessoa idosa e incapaz, com saúde debilitada por acidente vascular cerebral, por cerca de 05 (cinco) meses, extrapola limite do razoável e afasta-se de ser situação de mero dissabor da vida cotidiana.

Insisto: os abalos emocionais e constrangimentos psíquicos - sentimentos de angústia, frustração, desamparo, aflição etc - são presumíveis *in re ipsa* da circunstância narrada na exordial, atingindo a esfera moral da requerente/apelante, resultando em efetivo dano e, via de consequência, no dever Estado de Minas Gerais de indenizar a lesão.

Ultrapassados tais pontos, quanto ao montante indenizatório, como cediço, ele não deve implicar em enriquecimento ilícito, tampouco ser irrisório, de forma a perder seu dúplice caráter, qual seja, compensar de forma justa a vítima e punir o agente, com finalidade de prevenir infrações futuras.

Em idêntico sentido, feitas as devidas digressões lógicas para amoldar as razões de decidir ao caso concreto, eis o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

> Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Civil e Administrativo. Responsabilidade civil. [...] *Quantum* indenizatório. O valor da indenização deve se mostrar adequado, a fim de atender aos

> objetivos da compensação do dano e o caráter pedagógico, levando-se em conta, ainda, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. [...] (ARE 721793 AgR, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 23.04.2013, acórdão eletrônico, DJe-090 Divulg. 14.05.2013, p. em 15.05.2013).

Destarte, levando em conta as particularidades do caso concreto, entendo deve ser fixado o montante indenizatório em R$8.000,00 (oito mil reais), quantia que entendo justa, razoável, proporcional e compatível com as lesões extrapatrimoniais impostas à demandante/apelante, pelo fato administrativo atribuível ao Estado de Minas Gerais, mostrando-se condizente com as circunstâncias fáticas, a gravidade objetiva do dano e seu efeito lesivo, além de não implicar em enriquecimento sem causa, atendendo, ainda, o objetivo de inibir o ofensor da prática de condutas futuras semelhantes.

O montante indenizatório deve ser acrescido, ainda, de juros de mora, segundo índices previstos na Lei Federal nº 9.494/1997, com redação dada pela Lei Federal nº 11.960/2009, desde o evento danoso, e de correção monetária pelo IPCA, a partir do arbitramento.

Por fim, em razão do resultado final do presente julgamento, redistribuo os ônus da sucumbência, para impor à autora/apelante o pagamento de 50% (cinquenta por cento) das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência - a serem vertidos aos patronos do Banco do Brasil S/A -, que arbitro em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. Suspensa, conduto, a exigibilidade das verbas, por ser a parte beneficiária da gratuidade da Justiça.

O remanescente dos honorários advocatícios acima mencionados, devidos aos patronos da requerente/apelante, pelo Estado de Minas Gerais, que está isento do pagamento do restante das custas e despensas processuais, em razão do disposto no art. 10 da Lei Estadual nº 14.939/2003.

Dispositivo

Pelo todo o exposto, rejeito a preliminar e dou parcial provimento ao recurso, para condenar o Estado de Minas Gerais ao pagamento de indenização por danos morais à autora, na forma inserta na fundamentação desse voto.

Em consequência, redistribuo os ônus da sucumbência, como anteriormente explicitado.

É como voto.

DES. VERSIANI PENNA - De acordo com o Relator.

DES. CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA - Acompanho o voto do Relator, Desembargador André Leite Praça, visto que demonstrada nos autos a privação da Apelada aos recursos necessários a sua sobrevivência.

O ato ilícito, por sua vez, decorre da omissão de não ter o Estado de Minas Gerais honrado as obrigações expressamente assumidas perante o Tribunal de Justiça e o Banco do Brasil, o que ensejou a inexistência de recursos para o levantamento dos alvarás pela apelada.

Recomendo que se oficie à Controladoria-Geral do Estado, à Procuradoria-Geral de Justiça e ao Tribunal de Contas do Estado, para as providências que o caso reclama, tendo em vista o prejuízo causado ao Estado.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Cível - Ação Ordinária - Honorários de sucumbência - Ordem de Preferência do art. 85, § 2º DP CPC - Aplicação obrigatória - Fixação com base no valor dacausa.

- De acordo com o art. 85, § 2º, do CPC, os honorários advocatícios serão fixados com base no valor da condenação, do proveito econômico obtido ou sobre o valor da causa, na forma do art. 85, § 2º, do CPC, ou por apreciação equitativa quando não for possível mensurar o proveito econômico ou o valor da causa for muito baixo, nos termos do § 8º, do mencionado dispositivo legal. O Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento no sentido de que o art. 85, § 2º do CPC estabelece uma ordem de preferência para fixação de honorários que deve obrigatoriamente ser observada. Não havendo condenação, proveito econômico e não sendo muito baixo o valor da causa, os honorários advocatícios devem ser fixados com base no valor da causa.

Apelação Cível nº 1.0000.20.060415-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Gross Participações Administrações e Empreendimentos Imobiliários Ltda - Apelados: RN Comércio Varejista S.A, RN Comércio Varejista 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 provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 02 de julho de 2020. - *Marco Aurelio Ferenzini*. – Relator.

Voto

DES. MARCO AURELIO FERENZINI - Trata-se de recurso de apelação cível, interposto por Gross Participações Administrações e Empreendimentos Imobiliários Ltda, contra sentença proferida nos autos da ação renovatória de locação, ajuizada por RN Comércio Varejista, pela qual o juízo de primeiro grau julgou extinto o feito, pela perda do objeto, nos termos do art. 485, VI do CPC.

Condenou a parte requerente ao pagamento das custas processuais e dos honorários de sucumbência, que fixou em R$2.000,00 (dois mil reais).

O réu, ora apelante, defende nas razões do doc. de cód. 124, que o valor arbitrado pelo juiz a título de honorários é muito aquém dos limites mínimos fixados pela nossa legislação, e na presente demanda corresponde apenas a 0,57% do valor da causa. Afirma que a diminuição dos valores arbitrados de honorários advocatícios, após uma demanda de aproximadamente 03 (três) anos, ocorreu sem justificativa ou mesmo argumentação, o que contradiz também a Garantia Humano Fundamental do Direito ao Devido Processo Legal em seu corolário do dever de fundamentação da sentença. Pugna pela fixação da verba honorária na forma estabelecida pelo art. 85, parágrafo segundo do Código de Processo Civil.

Contrarrazões apresentadas no doc. de cód. 129.

É o Relatório.

Juízo de admissibilidade

Sentença proferida em 17.02.2020, com intimação da decisão em 27.02.2020. Apelação juntada em 16.03.2020, acompanhada do preparo (doc. de cód. 125). Conheço do recurso, por presentes os requisitos de admissibilidade e, nos termos do art. 1.012 do CPC, recebo-o com efeito suspensivo.

Mérito

O objeto do recurso reside tão somente em analisar se é cabível a fixação de honorários advocatícios por apreciação equitativa do julgador ou se a verba deve ser arbitrada entre dez e vinte por cento sobre o valor da causa.

Dispõe o art. 85, § 2º, do CPC, que os honorários advocatícios serão fixados com base no valor da condenação, do proveito econômico obtido ou sobre o valor da causa, na forma do art. 85, § 2º, do CPC, ou por apreciação equitativa, quando não for possível mensurar o proveito econômico ou o valor da causa for muito baixo, nos termos do § 8º, do mencionado dispositivo legal:

> 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.
>
> § 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.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1746072/PR, entendeu que o supramencionado dispositivo legal estabelece uma ordem de preferência em relação ao critério de fixação dos honorários advocatícios, a qual deve ser observada, senão vejamos:

> Recurso especial. Processual civil. Código de processo civil de 2015. Juízo de equidade na fixação de honorários advocatícios de sucumbência. Novas regras: CPC/2015, art. 85, §§ 2º E 8º. Regra geral obrigatória (art. 85, § 2º). Regra subsidiária (art. 85, § 8º). Primeiro recurso especial provido. Segundo recurso especial desprovido. 1 - O novo Código de Processo Civil - CPC/2015 promoveu expressivas mudanças na disciplina da fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na sentença de condenação do

> vencido. 2 - Dentre as alterações, reduziu, visivelmente, a subjetividade do julgador, restringindo as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade, pois: a) enquanto, no CPC/1973, a atribuição equitativa era possível: (a.I) nas causas de pequeno valor; (a.II) nas de valor inestimável; (a.III) naquelas em que não houvesse condenação ou fosse vencida a Fazenda Pública; e (a.IV) nas execuções, embargadas ou não (art. 20, § 4º); b) no CPC/2015 tais hipóteses são restritas às causas: (b.I) em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando (b.II) o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º). 3 - Com isso, o CPC/2015 tornou mais objetivo o processo de determinação da verba sucumbencial, introduzindo, na conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85, ordem decrescente de preferência de critérios (ordem de vocação) para fixação da base de cálculo dos honorários, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria. 4 - Tem-se, então, a seguinte ordem de preferência: (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º). 5 - A expressiva redação legal impõe concluir: (5.1) que o § 2º do referido art. 85 veicula a regra geral, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subsequentemente calculados sobre o valor: (I) da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) do valor atualizado da causa; (5.2) que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (II) o valor da causa for muito baixo. 6 - Primeiro recurso especial provido para fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico obtido. Segundo recurso especial desprovido (REsp 1746072/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, j. em 13.02.2019, DJe 29.03.2019).

Assim sendo, o art. 85, § 2º do CPC possui ordem de preferência para fixação de honorários advocatícios que deve obrigatoriamente ser observada, de modo que os honorários advocatícios, no caso dos autos, devem ser fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento do valor da causa, pois não houve condenação nem proveito econômico e o valor da causa não é muito baixo.

Quanto ao valor dos honorários advocatícios, Pontes de Miranda elucida que:

> O que na decisão tem o Juiz de atender é àquilo que se passou na lide e foi por ele verificado: a falta de zelo do profissional, ou o pouco zelo que revelou, ou o alto zelo com que atuou; o ser difícil ou fácil o lugar em que atuou o advogado; a natureza e a importância da causa, o trabalho que tem o advogado e o tempo que gastou (não o tempo que durou a causa, mas sim, o tempo que foi exigido para o seu serviço). (MIRANDA, Pontes de. In Comentários ao Código de Processo Civil, 4ª ed., tomo I, Forense, 1995, p. 396).

Assim, considerando os parâmetros consignados pela referida legislação processual, aliados à natureza da presente demanda - já que, em 2007, o valor do aluguel mensal do imóvel era R$17.000,00 (dezessete mil reais), em 2016 (R$27.000,00) e o trabalho do patrono da parte requerente, o tempo

de duração do processo - os honorários advocatícios, já compreendendo a sucumbência recursal, devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Dispositivo

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para condenar os autores ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado.

Custas recursais pelo apelado.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Valdez Leite Machado e Evangelina Castilho Duarte.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de obrigação de fazer - Fornecimento de medicamento incorporado ao SUS -Preliminar - Ilegitimidade passiva - Polo passivo composto apenas pelo Estado de Minas Gerais - Responsabilidade solidária dos entes públicos - Descabimento.

1. Como consignado no Tema 793, e expressamente disposto no voto condutor do julgamento dos Emb.Decl. no RE 855.178-SE, o STF continua a reconhecer que os entes da federação "são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde". E, "ainda que as normas de regência (Lei nº 8.080/90 e alterações, Decreto 7.508/11, e as pactuações realizadas na Comissão Intergestores Tripartite) imputem expressamente a determinado ente a responsabilidade principal (de financiar a aquisição) pela prestação pleiteada, é lícito à parte incluir outro ente no polo passivo, como responsável pela obrigação, para ampliar sua garantia, como decorrência da adoção da tese da solidariedade pelo dever geral de prestar saúde".

2. Legitimidade passiva *ad causam* do Estado de Minas Gerais.

Mérito - Tratamento de câncer realizado em Unidade de Assistência de Alta complexidade em Oncologia (UNACON) -Abiraterona - Droga fornecida pelo SUS - Medida coercitiva - Menor onerosidade - Maior eficácia - Bloqueio de verba - Multa cominatória afastada - Condenação do Estado de Minas Gerais ao pagamento de honorários sucumbenciais à Defensoria Pública de Minas Gerais - Impossibilidade - Súmula 421 do STJ.

1. O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas às pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

2. Comprovado que o paciente faz seu tratamento clínico em UNACON e que o medicamento pleiteado foi incorporado ao SUS, o seu fornecimento pelo ente público é medida que se impõe.

3. O juiz deve dirigir o processo impondo medidas coercitivas necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial e a satisfação do direito, da forma menos onerosa ao executado (CPC, arts. 139, inciso I; 536; 161 e 805).

4. O sequestro de bens é medida mais eficaz do que a multa pecuniária para o fornecimento do tratamento médico, pois a obrigação satisfaz-se com a aquisição direta do medicamento e com o direcionamento exclusivo da verba pública para o cumprimento da obrigação.

5. Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública se ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença. Súmula 421 do STJ.

6. Recurso parcialmente provido.

Apelação Cível nº 1.0000.20.063132-3/001 - Comarca de Alfenas - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Antonio do Carmo. Relatora: Desª. Áurea Brasil.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em rejeitar a preliminar e dar parcial provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 25 de setembro de 2020. - Áurea Brasil. – Relatora.

Voto

DESª. ÁUREA BRASIL - Trata-se de apelação cível, interposta pelo Estado de Minas Gerais, contra a r. sentença de Ordem 57 (JPe-Themis), proferida pelo MM. Juiz de Direito Paulo Cássio Moreira, da 2ª Vara Cível da Comarca de Alfenas, que, nos autos da ação de obrigação de fazer proposta por Antonio do Carmo, julgou procedente o pedido inicial, confirmando a tutela de urgência deferida, para condenar o apelante ao fornecimento do medicamento Abiraterona de forma contínua ao recorrido, nos termos da prescrição médica, mediante apresentação de receituário médico atualizado "com data máxima inferior a 60 dias", sob pena de multa de R$5.000,00 (cinco mil reais) limitada a R$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

O réu foi condenado ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa. Isento de custas.

Em suas razões (Ordem 61), o apelante alega que: a) é de responsabilidade dos Centros de Alta Complexidade em Oncologia - CACONS - prestar assistência integral aos pacientes acometidos de câncer, inclusive o fornecimento de medicamentos prescritos para o tratamento da moléstia; b) esses Centros recebem recursos financeiros da União; c) os Estados e Municípios, nesses tratamentos, apenas coordenam e fiscalizam as atividades desenvolvidas pelos CACONS; d) a solidariedade entre os entes públicos, nas ações de saúde, deve ser mitigada, sob pena de sobreposição de recursos e ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas; e) não detém legitimidade para figurar no polo passivo da lide; f) a aplicação de multa diária deve ser afastada, pois se pune toda a coletividade "ao drenar os recursos da área da saúde em benefício de uma única causa"; g) nos termos da Súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça, não pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública.

Com tais considerações, pugna pelo reconhecimento de sua ilegitimidade passiva, extinguindo o processo sem julgamento de mérito. Sucessivamente, pleiteia a improcedência dos pedidos exordiais ou, não sendo esse o entendimento, pela exclusão da multa cominatória e da condenação em honorários advocatícios devidos à Defensoria Pública de Minas Gerais.

Contrarrazões apresentadas pelo apelado à Ordem 64, em que alega, em síntese, que os entes públicos são responsáveis solidários pelo fornecimento de medicamentos não dispensados pelo SUS e que é devidamente cabível a condenação do Estado de Minas Gerais ao pagamento da multa cominatória e dos honorários advocatícios.

Remetidos os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, manifestou-se o douto Procurador de Justiça, Dr. Roberto Cerqueira Carvalhares, pelo parcial provimento do recurso, excluindo a condenação à verba honorária sucumbencial (Ordem 67).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

I - Da ilegitimidade passiva *ad causam* do Estado de Minas Gerais

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 855.178, com repercussão geral da questão constitucional reconhecida, reafirmou o entendimento de que a responsabilidade pelo tratamento médico adequado aos necessitados é conjunta e solidária entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (RE 855178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05.03.2015).

Nesse precedente, assim como ocorreu na decisão da Suspensão de Tutela Antecipada - STA nº 175/CE, a Corte Suprema manifestou-se expressamente sobre a possibilidade de o indivíduo demandar todos os entes de forma solidária.

No entanto, com "o fim de aprimoramento e desenvolvimento da tese, especialmente daquela derivada da Suspensão de Tutela Antecipada 175, tendo em vista já decorridos cerca de dez anos daquele importante precedente", o Supremo Tribunal Federal, conheceu dos Embargos Declaratórios opostos no RE 855.178 (DJe de 16.04.2020), com vistas à "elucidação de diversos aspectos, inclusive das responsabilidades, atribuições e composição do polo passivo" nas demandas da área de saúde.

Na oportunidade, por maioria, o Plenário reafirmou a sua jurisprudência dominante de que a responsabilidade, em ações de saúde, é solidária entre os entes federados, fixando a seguinte tese:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Da leitura integral do acórdão, observa-se que os Ministros da Suprema Corte travaram aprofundado debate sobre a responsabilidade solidária dos entes públicos e sobre a aplicação das normas que regulamentam a distribuição de competência interna da rede pública de saúde, restando vencedora a tese construída no voto do Ministro Edson Fachin, Redator do acordão.

Em seu voto condutor, o Ministro Fachin, além de explicitar de forma didática as premissas que embasaram o seu entendimento, enumerou, de forma sintética, as suas conclusões. *In verbis*:

> 1.5. Conclusão do voto: Conheço dos embargos opostos pela União para o seguinte fim dúplice: a) atribuir ao conhecimento do recurso, sem repercussão no juízo de mérito da pretensão recursal, efeito de desenvolvimento do tema da solidariedade e de detalhamento do sentido e do alcance de precedentes, especialmente quanto aos termos enunciados na STA n. 175; b) desprover, no mérito, o recurso examinado.

Em decorrência do conhecimento dos embargos sem acolhimento do mérito, a título de detalhamento, esta Corte reconhece que a tese da responsabilidade solidária como reconhecida na STA 175 se mantém hígida e que é inerente à natureza do Supremo Tribunal Federal, na condição de Corte de Vértice do sistema constitucional, dispor de instrumentos aptos a efetivar seu "poder-dever" de aprimoramento ou desenvolvimento do direito constitucional, por meio de seus precedentes, para fim de esclarecimento, sem efeito modificativo. Quanto ao desenvolvimento da tese da solidariedade, enuncia-se o seguinte: i) A obrigação a que se relaciona a reconhecida responsabilidade solidária é a decorrente da competência material comum prevista no art. 23, II, CF, de prestar saúde, em sentido lato, ou seja: de promover, em seu âmbito de atuação, as ações sanitárias que lhe forem destinadas, por meio de critérios de hierarquização e descentralização (arts. 196 e ss. CF); ii) Afirmar que "o polo passivo pode ser composto por qualquer um deles (entes), isoladamente ou conjuntamente" significa que o usuário, nos termos da Constituição (arts. 196 e ss.) e da legislação pertinente (sobretudo a lei orgânica do SUS nº 8.080/90) tem direito a uma prestação solidária, nada obstante cada ente tenha o dever de responder por prestações específicas, que devem ser observadas em suas consequências de composição de polo passivo e eventual competência pelo Judiciário; iii) Ainda que as normas de regência (Lei nº 8.080/90 e alterações, Decreto nº 7.508/11, e as pactuações realizadas na Comissão Intergestores Tripartite) imputem expressamente a determinado ente a responsabilidade principal (de financiar a aquisição) pela prestação pleiteada, é lícito à parte incluir outro ente no polo passivo, como responsável pela obrigação, para ampliar sua garantia, como decorrência da adoção da tese da solidariedade pelo dever geral de prestar saúde; iv) Se o ente legalmente responsável pelo financiamento da obrigação principal não compuser o polo passivo da relação jurídico processual, sua inclusão deverá ser levada a efeito pelo órgão julgador, ainda que isso signifique deslocamento de competência; v) Se a pretensão veicular pedido de tratamento, procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas (em todas as suas hipóteses), a União necessariamente comporá o polo passivo, considerando que o Ministério da Saúde detém competência para a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (art. 19-Q, Lei nº 8.080/90), de modo que recai sobre ela o dever de indicar o motivo da não padronização e, eventualmente, iniciar o procedimento de análise de inclusão, nos termos da fundamentação; vi) A dispensa judicial de medicamentos, materiais, procedimentos e tratamentos pressupõe ausência ou ineficácia da prestação administrativa e a comprovada necessidade, observando, para tanto, os parâmetros definidos no art. 28 do Decreto federal nº 7.508/11.

Depreende-se, do voto condutor, que é imprescindível que a solidariedade prevista no art. 196 da CR/88 não seja compreendida como a típica do direito privado, mas sim como uma de índole constitucional, que assegure ao cidadão a prestação da saúde, mas também respeite as divisões de competências entre os entes federativos, de acordo com a legislação aplicável, direcionando a responsabilização primeira ao ente que, segundo as normas infraconstitucionais, seja o responsável.

No entanto, como expressamente disposto no voto condutor e consignado no Tema 793, o STF continua a reconhecer que os entes da federação "são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde". E,

> ainda que as normas de regência (Lei 8.080/90 e alterações, Decreto 7.508/11, e as pactuações realizadas na Comissão Intergestores Tripartite) imputem expressamente a determinado ente a responsabilidade principal (de financiar a aquisição) pela prestação pleiteada, é lícito à parte incluir outro ente no polo passivo, como responsável pela obrigação, para ampliar sua garantia, como decorrência da adoção da tese da solidariedade pelo dever geral de prestar saúde.

Assim, *data maxima venia*, não me parece possível reconhecer, na espécie, a ilegitimidade passiva *ad causam* do Estado de Minas Gerais, quando reafirmada pela Corte Suprema a tese da solidariedade entre União, Estados e Municípios nas demandas de saúde, e determinado apenas o direcionamento do cumprimento conforme as regras de repartição de competências.

Isso posto, renovadas vênias, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva do Estado de Minas Gerais.

Do mérito

A pretensão formulada nos autos - fornecimento do medicamento Abiraterona a paciente portador de câncer de próstata - consiste em medida protetiva à saúde, alicerçada em normas e direitos fundamentais de eficácia imediata, resguardados e assegurados na Constituição da República, conforme previsto em seu art. 196, *in verbis*:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Sabe-se que os medicamentos destinados aos tratamentos oncológicos não estão regulados na RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais).

Para os pacientes portadores de câncer, foi instituído tratamento gratuito e específico por meio dos Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACONs) e Unidades de Alta Complexidade em Saúde (UNACONs), criados pelo SUS pela Portaria nº 3535/GM, de 02.09.1998, e regulamentados pela Portaria MS 1.399 de 17 de dezembro de 2019, com redação alterada pela Postaria MS 163 de 20 de fevereiro de 2020, ambas do Ministério da Saúde, que instituem a Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Determina-se, em repartição de competências, ao governo federal financiar o tratamento do câncer e aos Estados e Municípios estabelecerem os fluxos e referências para atendimento aos pacientes. A União financia o tratamento e, aos Estados e Municípios, compete o credenciamento dos hospitais referências.

Nos tratamentos realizados nestes hospitais, cabe à equipe médica de cada unidade de assistência oncológica definir os critérios para a compra dos insumos necessários ao atendimento de seus pacientes, sendo os Centros de Saúde remunerados, para tanto, pelo Ministério da Saúde, em "conta fechada", considerando a enfermidade e o paciente atendido.

Não há, portanto, um ato regulamentar que defina, de forma expressa e taxativa, a medicação a ser fornecida pelo Estado em tais casos - diferentemente do que ocorre em relação à dispensação de fármacos de alto custo, regulamentada pela Portaria MS GM nº 2577/2006.

Assim, tendo em vista que não há listagem de medicamentos previamente selecionados pela administração pública para tratamento de câncer, imperioso que o paciente esteja em tratamento em uma das unidades credenciadas, para que se avalie seu quadro de saúde, os insumos já utilizados, bem como se administre a medicação com o acompanhamento de seus efeitos, associando a quimioterapia com outros mecanismos, como a radioterapia, segundo o esquema terapêutico traçado pelos profissionais especializados do SUS.

No caso dos autos, o paciente está realizando seu tratamento médico na Santa Casa de Alfenas, cadastrado, no site do INCA (Instituto Nacional do Câncer), como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia 1.

O medicamento pleiteado, qual seja, Abiraterona, foi incorporado pelo SUS, por meio da Portaria 38, de 24 de julho 2019, para o tratamento de câncer de próstata metastático - exatamente a enfermidade que acomete o autor (cf. relatório médico à Ordem 06). E, a corroborar todo o exposto, a perícia realizada nos autos (Ordem 52/53) foi clara quanto à necessidade do fármaco pleiteado.

Há, desse modo, respaldo constitucional, legal e técnico a compelir o ente estatal a fornecer o tratamento indispensável à saúde do autor, cidadão carente.

Dessa forma, não há dúvidas de que o Estado de Minas Gerais deve providenciar o fornecimento da medicação ao paciente.

Por sua vez, no tocante à multa cominatória, muito embora as astreintes possam ser utilizadas como medida coercitiva para que o ente estatal cumpra a determinação judicial - conforme jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores -, a experiência forense tem demonstrado a sua ineficácia nas ações de saúde, haja vista que, além de onerar o erário e enriquecer a parte adversa, não tem suprido o atendimento/tratamento médico buscado pelo paciente, que, invariavelmente, precisa da satisfação imediata da obrigação.

O que se observa é que as multas diárias chegam a alcançar valores elevados - até mesmo em patamares que excedem o próprio tratamento de saúde -, sem, contudo, concretizar a pretensão vindicada no processo, que é o acesso ao tratamento de saúde. O instituto perde o seu caráter coercitivo, passando a ter um viés meramente sancionatório, e, algumas vezes, enriquecendo indevidamente o paciente.

Destarte, revisitando e refletindo profundamente sobre esta questão, e, principalmente, considerando que o juiz deve dirigir o processo através de medidas coercitivas necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial e a satisfação do direito da forma menos onerosa ao executado (arts. 139, inciso I, 536, V, 161 e 805, todos do CPC), tenho que o sequestro de bens constitui medida mais eficaz para o fornecimento do tratamento médico pleiteado, pois a obrigação satisfaz-se com a aquisição direta do medicamento e com o direcionamento exclusivo da verba pública para o cumprimento da obrigação.

Nesse sentido, dispõe o enunciado 74 da III Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça que, "não havendo cumprimento de ordem judicial, o juiz efetuará preferencialmente, bloqueios em conta bancária do ente demandado, figurando a multa (astreintes) apenas como ultima *ratio*".

No mesmo diapasão, cito julgados deste Tribunal de Justiça:

> Apelação cível/reexame necessário. Direito fundamental à saúde. Responsabilidade solidária dos entes públicos. Medicamento. Necessidade comprovada. Fornecimento devido. Multa cominatória. Desnecessidade de arbitramento. Honorários advocatícios. Valor inestimável. Fixação por equidade. Próteses e ortóteses. Procedimento de média/alta complexidade. Responsabilidade da direção estadual do SUS. Art. 17, IX, da Lei 8080/90. Sentença reformada em parte. - Compete ao Estado, por meio de todos os entes federativos, conjunta e solidariamente, assegurar aos cidadãos o direito à saúde e aos serviços necessários a sua promoção. - Demonstrada a necessidade do medicamento que se pleiteia para o tratamento do paciente, seu fornecimento é medida que se impõe. - Nas hipóteses em que o cumprimento forçado da decisão judicial pelo ente público pode ser alcançado por outros meios menos gravosos, como o bloqueio de verbas, não se justifica o arbitramento prima facie da multa cominatória. - O fornecimento de procedimento de média / alta complexidade compete, precipuamente, à direção estadual do SUS (Lei n. 8.080/90, art. 17, IX). - Nas ações relativas a tratamento de saúde, o arbitramento da verba honorária deve se dar por apreciação equitativa, nos termos do art. 85, §8°, do CPC/15, tendo em vista que o proveito econômico obtido é inestimável. - Sentença reformada em parte (TJMG, Ap Cível/Rem Necessária 1.0000.16.083553-4/003, Rel. Des. Maurício Soares, 3ª Câmara Cível, j. em 06.08.2020, p. em 06.08.2020).

> Apelação cível. Ação Civil pública. Legitimidade ativa do ministério público. Adequação da via eleita. Direito social à saúde. Direito de todos e dever do estado. Cirurgia de Mitrofanoff para tratamento de bexiga neurogênica. Insumo necessário para cuidados pós cirúrgico. Sonda vesinal de alívio. Parametrização pela integralidade regulada. Critérios da medicina baseada em evidência. Princípio da deferência. Observância dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas PCDT. Prevalência das políticas públicas. Prova da imprescindibilidade do tratamento. Bloqueio de verba. Menor onerosidade. Medida mais eficaz. Resultado útil do processo.[...] - Para que se obtenha o resultado útil do processo, podem ser expedidas ordens cominatórias ao poder público. - Na imposição de medidas cominatórias para o cumprimento de decisão judicial deve ser ponderada a menor onerosidade ao obrigado constatando-se que a medida de bloqueio de verba pública se mostra mais eficaz que a simples imposição de multa (CPC, art. 805 - Enunciado 74 da III Jornada da Saúde do CNJ) (TJMG, Apelação Cível 1.0440.17.001565-3/001, Rel. Des. Renato Dresch, 4ª Câmara Cível, j. em 01.05.2020, p. em 15.06.2020).

Isso posto, e observando, ainda, a Recomendação nº 66 do CNJ, afasto a aplicação de multa diária no caso concreto, ressaltando que, na hipótese de descumprimento da sentença judicial, o Juiz deverá efetuar, preferencialmente, o bloqueio de verbas públicas para satisfação do direito.

Por fim, tem-se por descabido, na espécie, o arbitramento da verba honorária em benefício da Defensoria Pública, nos termos da Súmula 421 do STJ: "os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença" - exatamente a hipótese dos autos.

Apesar da afetação do tema, com repercussão geral reconhecida em plenário virtual, em agosto de 2018, pelo Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário 1.140.005, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, afirmando-se constituir "questão constitucional relevante definir se os entes federativos devem pagar honorários advocatícios às Defensorias Públicas que os integram", não tendo, ainda, o precedente vinculante sido votado pela Corte Suprema, permanece hígido, até então, o enunciado da Súmula 421 do STJ, reafirmado em julgados da própria Corte:

> Processo civil. Agravo interno na reclamação. Proposta de overruling. Súmula 421/STJ. Descabimento. Honorários advocatícios. Defensoria pública. Mesmo ente federativo. Impossibilidade. Entendimento firmado pelo STJ no contexto da autonomia funcional e administrativa. Agravo não provido. 1. Tratando-se de instituto processual de origem correicional, e não havendo expressa previsão normativa, não se admite a utilização da reclamação com o propósito de provocar a Corte a promover a superação de precedente firmado sob o rito dos recursos repetitivos. 2. A Corte Especial, no julgamento da Rcl 36.476/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, concluiu que o recurso cabível contra a decisão que inadmite o apelo especial, com amparo no art. 1.030, I, "b", do CPC, é o agravo interno dirigido ao Tribunal local, não sendo cabível o ajuizamento da reclamação. 3. No caso, não se cogita de usurpação de competência desta Corte Superior, na medida em que o Tribunal reclamado decidiu em consonância com precedentes atuais do STJ de que não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando esta atua contra a pessoa jurídica de Direito Público da qual é parte integrante. Ademais, o verbete da Súmula 421/STJ já foi editado no contexto da autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública, não estando presentes os requisitos para o *overruling*. 4. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt na Rcl 37830/MS, Relator Min. OG Fernandes, Primeira Seção, j. em 10.06.2020, p. em 14.08.2020).

No âmbito deste Tribunal de Justiça, no mesmo diapasão, os julgados: Apelação Cível 1.0000.19.165563-8/001 (Relator Des. Bitencourt Marcondes, 19ª Câmara Cível, julgamento em 09.07.2020; Apelação Cível 1.0000.20.052799-2/001 (Relator Des. Marcelo Rodrigues, 2ª Câmara Cível, julgamento em 16.06.2020); Apelação Cível 1.0000.20.043391-0/001 (Relator Des. Edilson Olímpio Fernandes, 6ª Câmara Cível, julgamento em 09.06.2020); Apelação Cível 1.0000.20.011892-5/001 (Relator Des. Carlos Levenhagen, 5ª Câmara Cível, julgamento em 07.05.2020).

Destarte, até que sobrevenha posicionamento diverso, com efeito vinculante, do Supremo Tribunal Federal, deve ser afastada a condenação dos honorários advocatícios imposta, na sentença, ao Estado de Minas Gerais, em favor da Defensoria Pública que o integra.

Com tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, tão somente para afastar a multa cominatória fixada em primeiro grau e os honorários advocatícios devidos à Defensoria Pública, nos termos da Súmula 421 do STJ.

Custas recursais, na forma da lei.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores Moacyr Lobato e Wander Marotta.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação declaratória c.c. indenização - Relação de consumo - Contrato de empréstimo consignado - Venda casada - Cartão de crédito - Dano moral - Inexistência

- Revela prática abusiva por parte do banco, que promoveu o fornecimento casado de cartão de crédito com mútuo, embora apenas este tenha sido solicitado pelo consumidor, violando os preceitos da legislação consumerista. Quando não se trata de dano moral presumível, imperioso para que se reconheça o dever de indenizar o preenchimento de todos os requisitos necessários para caracterizar a responsabilidade civil, em especial o dano propriamente dito. O descumprimento contratual, por si só, não é capaz de atingir a esfera do direito de personalidade.

V.v.: Pela documentação colacionada aos autos, descabido o reconhecimento de que a postulante teria sido iludida pelo réu, acreditando haver contratado apenas um empréstimo consignado em folha, quando, na verdade, se tratava da contratação, também, de cartão de crédito. O contrato de cartão de crédito consignado é claro ao dispor sobre as suas condições, bem como a margem consignável, sendo respeitado o direito à informação do consumidor. Ausente conduta ilícita praticada pela instituição financeira, elemento essencial para o reconhecimento da responsabilidade civil, não há falar em dever de compensar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.20.065340-0/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: Nelson da Silva Gomes - Apelado: Banco BMG S.A - 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDA A PRIMEIRA VOGAL.

Belo Horizonte, 18 de agosto de 2020. - *José Augusto Lourenço dos Santos* - Relator.

Voto

DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS - Cuidam os autos de recurso de apelação, aviado por Nelson da Silva Gomes, contra a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Ipatinga (Ordem TJ-40), que julgou improcedente a pretensão autoral.

Sustentou o apelante, nas razões de Ordem TJ-42, em apertada síntese, que não se verifica no contrato de cartão de crédito firmado entre as partes o elemento vontade, pois não foi informado sobre a referida contratação. Pontuou que a ré não demonstrou o uso do cartão ou sequer mesmo o envio, e que a prática noticiada nos autos se revela abusiva. Destacou que os fatos narrados nos autos ensejaram dano moral indenizável.

Ausente o preparo, ante a justiça gratuita.

Intimada, a instituição financeira se manifestou pelo não provimento do recurso (Ordem TJ-50).

É, no essencial, o relatório.

Fundamento e decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Não há preliminares a apreciar ou vícios a sanar, motivo pelo qual passo à análise do mérito.

Cuidam os autos de ação declaratória cumulada com pedido de indenização, na qual o autor alega que contratou empréstimo consignado com o banco apelado, que se valendo de seu pouco conhecimento procedeu à emissão de cartão de crédito também consignado, o qual nunca lhe foi entregue, e, por conseguinte, sequer utilizado. Contudo, houve a reserva da margem do autor, fatos esses que, ao seu sentir, lhe causaram dano moral.

A princípio, cumpre ressaltar que a relação entabulada no presente feito é de consumo, estando demandante e requerido encaixados no conceito de consumidor e fornecedor, respectivamente, insculpido nos arts. 2º e 3º da legislação consumerista.

Em se tratando de ação declaratória de inexistência de débito, o ônus da prova da existência da relação contratual é do credor, quando o devedor a nega. Isso porque não se pode exigir deste fazer prova de fato negativo (art. 373, II, do CPC).

Em detida análise dos elementos probatórios constantes dos autos, infere-se que a instituição financeira comprovou a contratação de empréstimo consignado, bem como do cartão de crédito a ele vinculado, que resultou na retenção da margem do autor. O contrato de Ordem TJ-31, que é o contrato de mútuo firmado entre as partes, prevê, na Cláusula 4ª, a autorização do mutuário para que a instituição financeira lhe enviasse cartão de crédito.

Todavia, o contrato não prevê que a emissão de tal cartão esteja condicionada à retenção da margem consignável além do percentual relativo ao empréstimo contratado pelo consumidor. Por tal razão, o consumidor não estava ciente de que sua margem restaria retida por outro produto, acessório àquele efetivamente contratado por ele. No caso dos autos, ao que se infere da inicial, somente ao procurar outra instituição financeira para realizar outro empréstimo, é que o autor ficou sabendo que a ré havia retido também o percentual de sua margem disponível para cartão de crédito.

Aqui, aliás, vale destacar que sequer há provas de que o cartão tenha sido efetivamente utilizado pelo autor, ou sequer enviado ao seu endereço, ônus que, nos termos do já mencionado art. 373, II, do CPC, é da instituição financeira.

Ora, inegavelmente o que se percebe na hipótese é que a ré se utilizou do procedimento de venda casada, impondo ao consumidor a contratação de produto além daquele efetivamente por ele almejado.

Como se vê, o caso dos autos revela prática abusiva por parte da instituição financeira, que promoveu o fornecimento casado de cartão de crédito com mútuo, embora apenas esta tenha sido a intenção do autor, em clara violação aos preceitos da legislação consumerista, notadamente, o art. 39, I:

> 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.

Mostra-se grave também o fato de o serviço oferecido ao demandante ser diverso daquele por ele pretendido, infringindo também a norma insculpida no art. 6º:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> [...]
>
> III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Com efeito, no presente caso, resta evidente que a contratação de cartão de crédito não se deu de forma direta e explícita, pois, na verdade, o autor almejava tão somente obter um mútuo consignado.

Nessa linha, já se manifestou este Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> Empréstimo via cartão de crédito. Empréstimo consignado. Consumidor induzido a erro. Dever de informação. Violação. Recálculo da dívida. Danos morais. - Não há que se falar em inépcia recursal se o recorrente indica os motivos pelos quais o entendimento adotado na decisão proferida não deve prevalecer. Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor a adoção de um dever de conduta, ou de comportamento positivo, de informar o consumidor a respeito das características, componentes e riscos inerentes ao produto ou serviço. Informação adequada implica em correção, clareza, precisão e ostensividade, sendo o silêncio, total ou parcial, do fornecedor, a respeito da utilização do serviço, uma violação do princípio da transparência que rege as relações de consumo. A indução do consumidor em erro, por acreditar que estava contratando empréstimo consignado em folha, quando, na realidade, se tratava da contratação via cartão de crédito, viola os princípios da probidade e boa-fé contratual. Dever de recalcular a dívida do autor, considerando os encargos próprios da modalidade de contratação requerida pelo consumidor. O desconto indevido de considerável nº de parcelas dos proventos do consumidor, os quais não abatiam o débito, mas se tratavam apenas de quitação da parcela mínima da fatura de cartão de crédito, por ludibriar o consumidor, que se surpreendeu, anos depois, com uma dívida maior do que a contraída, gera lesão a direito da personalidade. [...]" (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.17.094217-1/001, Rel. Des. Estevão Lucchesi, 14ª Câmara Cível, j. em 26.02.2018, p. em 28.02.2018).

Diante disso, deve ser reconhecida a ilegalidade da contratação do cartão de crédito e, por conseguinte, a inexistência da relação jurídica relacionada a ele.

Quanto ao pedido de dano moral, contudo, entendo não assistir razão ao autor.

Constitui dano moral o prejuízo decorrente da "agressão à dignidade humana", que provoca constrangimento, mágoa ou tristeza na intimidade da pessoa, e se diferencia daquelas situações que causam meros aborrecimentos, aos quais todas as pessoas estão sujeitas porque são fatos corriqueiros e atinentes à vida em sociedade e, por conseguinte, incapazes de gerar dano passível de ressarcimento.

De fato, para que haja a compensação, a título de dano moral, o ato considerado como ilícito deve ser capaz de ocasionar um sofrimento físico ou espiritual, impingindo tristezas, preocupações, angústias ou humilhações, afetando o psicológico do ofendido de forma a suplantar os meros aborrecimentos, servindo a indenização como forma de compensar a lesão sofrida.

No caso em apreço, conquanto seja indiscutível que a retenção da margem consignável, por parte da ré, tenha causado arrelias ao autor, entendo que tais chateações não suplantaram os meros aborrecimentos, comuns na vida cotidiana e que não configuram dano moral, notadamente porque o autor não sofreu descontos em seu benefício.

Não há prova concreta de que o autor tenha efetivamente sofrido dano na esfera de sua personalidade, não sendo a hipótese dos autos o caso de dano *in re ipsa*.

Assim sendo, deve ser rejeitado o pedido de indenização por danos morais.

Pelo exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para declarar a inexistência do contrato de cartão de crédito consignado noticiado nos autos, devendo a ré proceder à liberação da margem do autor.

Custas à metade e para cada parte.

Honorários à razão de 20% (vinte por cento) do valor dado à causa, devidos reciprocamente (art. 85, § 2º e 11º, do CPC). Suspensa a exigibilidade quanto o autor, ante a justiça gratuita.

É como voto.

DES.ª JULIANA CAMPOS HORTA - Peço vênia ao eminente Desembargador Relator para dele divergir.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Nelson da Silva Gomes contra a r. sentença de Ordem 40 proferida nos autos da ação de rescisão contratual c.c. indenização por danos morais proposta em face de Banco BMG S.A., por meio da qual o ilustre magistrado *a quo* julgou improcedentes os pedidos.

Inconformado, apelo o autor (documento de Ordem 42).

Em suas razões recursais a apelante afirma, em síntese, que foi induzida ao erro devido a sua vulnerabilidade de conhecimento, pois, não solicitou a contratação do serviço de cartão de crédito consignado.

Pois bem.

Compulsando os autos, extrai-se que as partes firmaram contrato (documento de Ordem 32) e que o objeto negocial encontra-se devidamente regulado por normas administrativas do INSS e, sobre-

tudo, pela Lei nº 10.820/03, que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento dos empregados regidos pela CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), bem como dos titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social, a saber:

> Art. 1º Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, poderão autorizar, de forma irrevogável e irretratável, o desconto em folha de pagamento ou na sua remuneração disponível dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos. (Redação dada pela Lei nº 13.172, de 2015)
>
> § 1º O desconto mencionado neste art. também poderá incidir sobre verbas rescisórias devidas pelo empregador, se assim previsto no respectivo contrato de empréstimo, financiamento, cartão de crédito ou arrendamento mercantil, até o limite de 35% (trinta e cinco por cento), sendo 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente para: (Redação dada pela Lei nº 13.172, de 2015)
>
> I - a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou (Incluído pela Lei nº 13.172, de 2015)
>
> II - a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito. (Incluído pela Lei nº 13.172, de 2015).

Embora não exigida no plano existencial, a forma escrita do contrato foi observada.

Portanto, preenchidos todos os elementos do plano de existência, não se há de falar em inexistência do negócio jurídico.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) prevê como direito básico do consumidor o direito à informação adequada e clara sobre a contratação de produtos.

Nesse sentido:

O art. 6º do CDC prevê como direito básico do consumidor:

> [...] II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
>
> III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
>
> IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; [...].

In casu, verifica-se que as partes firmaram "Termo de adesão. Autorização para Desconto nos benefícios previdenciários" (documento de Ordem 32).

O item III.1, denominado "Cartão BMG Master", do quadro resumo, dispõe: "Valor mínimo consignado, para pagamento mensal inserido na fatura, observado o limite de até 10% (dez por cento) dos R$32,72 (trinta e dois reais e setenta e dois centavos)".

Sobre o cartão de crédito, confiram-se algumas disposições contratuais:

> 1- Este Termo de Adesão constitui parte integrante do CONTRATO DE EMPRÉSTIMO PESSOAL/FINANCIAMENTO e do CONTRATO PARA UTILIZAÇÃO DO CARTÃO DE CRÉDITO BMG MASTER, cartão este de propriedade do BMG, destinado ao uso exclusivo para aposentados e pensionistas do INSS, ambos mediante CONSIGNAÇÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS, registrados no Cartório do 1º Registro de Títulos e Documentos de Belo Horizonte/MG.
>
> [...]
>
> 1.2 O MUTUÁRIO declara que o valor da prestação a ser averbada, constante no item III, bem como o valor porventura devido em razão da utilização do Cartão BMG Master (item III.1), estão de conformidade com o pactuado, compreendendo os encargos ali previstos e que não lhe fora exigido qualquer outro encargo e/ou aquisição de outro produto.
>
> [...]
>
> 2-Com o presente, o MUTUÁRIO autoriza:
>
> 2.1. Ao INSS, em caráter irrevogável, irretratável e irrenunciável, a promover os descontos dos seus benefícios previdenciários, o valor mensal e quantidade de prestações especificadas no item III retro, conforme disponibilidade de margem consignável de acordo com a previsão legal contida no art. 5ª da Lei nº 10/820/03 e inciso VI do art. 154 do Decreto nº 3.048/99, bem como, dos valores referentes à utilização do Cartão BMG Master (Item III.1), principal e acessório de todos os valores devidos, cujos descontos deverão permanecer até a integral liquidação do saldo devedor de sua responsabilidade.

Além da regular contratação (documento de Ordem 32), o réu cuidou de juntar aos autos diversos comprovante de transferência para a conta de titularidade do autor (documentos de Ordem 20/27), portanto, mostra-se inviável a declaração de inexistência do débito.

A propósito, confira-se a fundamentação da ilustre magistrada *a quo*:

O arrependimento da autora quanto à opção de financiamento adotada não pode gerar a anulação do negócio ou sua substituição por outro que, somente agora, a parte entendeu ser mais conveniente.

Tal pretensão contraria a segurança jurídica que deve reinar no ambiente de negócios e caracteriza ofensa à boa-fé objetiva, já que a parte se vale de determinada linha de crédito que lhe é oferecida por muito tempo para somente vir alegar ter sido induzida em erro quando o financiamento não mais lhe convém.

É certo que o consumidor deve ser protegido quanto ao direito à informação clara. Contudo, o contrato em tela não ofende esse direito, já que não deixa dúvidas quanto às características do financiamento que se está contratando.

Infere-se do contrato, ainda, que todas as páginas foram devidamente assinadas pela contratante, de modo que ela estava perfeitamente ciente da espécie de contrato firmado e das taxas de juros remuneratórios cobradas. Restaram claras as condições de utilização e pagamento dos débitos decorrentes do cartão.

No contrato de empréstimo consignado, a instituição bancária tem assegurado o pagamento da totalidade do valor emprestado, ante a previsão das parcelas mensais fixas. Já no contrato de cartão de crédito, a garantia de pagamento só existe durante o período em que estiver autorizado o desconto do mínimo nos vencimentos da autora. Essa circunstância de imprevisibilidade do pagamento reflete nos juros incidentes sobre o contrato.

Dessa forma, mostra-se indevida a equiparação das taxas de juros pretendidas pela autora.

Como se vê, descabido se apresenta, *in casu*, o reconhecimento de que o postulante teria sido iludido pelo réu, acreditando haver contratado apenas um empréstimo consignado em folha, quando, na verdade, se tratava da contratação, também, de cartão de crédito.

Não há, portanto, se falar em violação aos princípios da probidade e boa-fé contratual pelo réu, sendo assim, não encontra amparo o pleito da parte autora de restituição dos valores e indenização por danos morais.

Nesse sentido a jurisprudência do TJMG:

> Apelação. Desconto no benefício previdenciário da autora. Cartão de crédito consignado. Dívida comprovada. Exercício regular de direito. Comprovada a existência do contrato de cartão de crédito consignado, bem como os valores tomados por empréstimo através daquele cartão, legítimos os descontos do valor mínimo no benefício previdenciário da parte autora. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.18.060213-8/001, Re. Des. Alberto Henrique, 13ª Câmara Cível, j. em 09.08.2018, p. em 10.08.2018).
>
> Cartão de crédito consignado. Dever de informação. Observância. Nulidade. Ausência. Má-fé. Não verificação. - A contratação de Cartão de Crédito Consignado, por si só, não induz qualquer nulidade. Restando observado o dever de informação ao consumidor, pois o termo de adesão, devidamente assinado, é claro ao exprimir tratar-se de cartão de crédito, não há como acolher a tese da consumidora no sentido de que foi induzida a erro quanto à modalidade de contratação. - Afasta-se a pena de multa por litigância de má-fé quando não há dolo processual ou prejuízo à parte contrária. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0327.17.002114-8/001, Rel. Des. Estevão Lucchesi, 14ª Câmara Cível, j. em 02.08.2018, p. em 10.08.2018).
>
> Apelação cível. Ação de repetição de indébito c.c. danos morais. Contrato de cartão de crédito consignado. Contração e utilização. Comprovação. Vício de consentimento. Não comprovação. Inexistência de ato ilícito. Repetição do indébito e danos morais. Indevidos. Multa por litigância de má-fé - indevida - Não há falar em ato ilícito se a parte ré comprovou a contratação por parte da autora, não tendo ela, autora comprovado o alegado vício de consentimento na contratação, não havendo que se falar em restituição em dobro de indébito, bem como em danos morais. - Para a configuração da litigância de má-fé da parte, é imprescindível que reste satisfatoriamente comprovado nos autos que a sua conduta enquadra-se em alguma das hipóteses preceituadas nos incisos do art. 80 do CPC/15, cujo rol é taxativo, adotando o litigante, intencionalmente, conduta maliciosa e desleal, com o fito de prejudicar a parte adversa, e

> que, não apenas se tenha utilizado dos meios jurídicos postos a seu dispor na defesa de seus interesses. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0327.17.002555-2/001, Rel. Des. Luciano Pinto, 17ª Câmara Cível, j. em 02.08.2018, p. em 14.08.2018).

Pelo exposto, peço vênia ao eminente Desembargador Relator e NEGO PROVIMENTO AO RECURSO, mantendo incólume a r. sentença.

Condeno a parte autora/apelante ao pagamento de custas e honorários, inclusive recursais, que ora majoro para 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, todavia, suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da gratuidade judiciária.

Votaram de acordo com o Relator o Jd. Convocado Habib Felippe Jabour e os Desembargadores Saldanha da Fonseca e Domingos Coelho.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDA A PRIMEIRA VOGAL.

Apelação cível - Ação de indenização por danos morais - Município de Poços de Caldas-MG - Ilegitimidade passiva do agente público - Precedente do Supremo Tribunal Federal - Responsabilidade objetiva - Teoria do risco administrativo - Erro médico - Diagnóstico inadequado - Descobrimento posterior de pneumonia - Mau funcionamento do serviço público municipal de saúde - Ausência de ato ilícito e de danos morais - Dever de indenizar não configurado - Recurso conhecido e não provido.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1027633, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 06.12.2019, sob a sistemática da repercussão geral, fixou a tese de que a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

2. O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que, no caso de danos decorrentes de atos comissivos ou omissivos, a responsabilidade do Estado ou de quem lhe faça às vezes é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República.

3. Para que haja responsabilização do Estado, basta a comprovação da conduta comissiva ou omissiva, do dano e do nexo causal entre dois primeiros elementos, ressalvado ao Poder Público o direito de demonstrar a ocorrência das causas excludentes de responsabilidade.

4. Nos casos em que se discute a responsabilidade decorrente de procedimentos médicos, a teoria do risco administrativo deve ser analisada *cum grano salis*, pois a obrigação médica, via de regra, é de meio e não de resultado.

5. Desse modo, adotada a conduta médica correta, oportuna e esperada, exclui-se a responsabilidade estatal, por falta de nexo de causalidade, pois não há como imputar ao Poder Público a obrigação de garantir o sucesso do tratamento médico. Somente dessa maneira se apresenta possível impedir que a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva nas hipóteses de prestação de serviço público de saúde se convole na teoria do risco integral.

6. No caso vertente, inexistiu de erro no atendimento prestado pela médica do serviço municipal de saúde ao menor, de forma que não ficou demonstrada a ocorrência de ato ilícito. Ademais, não ficaram comprovados os danos morais, pois a criança recuperou-se rapidamente da moléstia que o acometeu (pneumonia), sem sequelas.

Apelação Cível nº 1.0000.20.067286-3/001 - Comarca de Poços de Caldas - Apelantes: Poliana Natalia da Silva Prata, Y.C.S. - Apelados: Cibele Angelica de Souza Spina, Município de Poços de Caldas. – 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 suscitar, de ofício, preliminar de ilegitimidade passiva e negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 13 de agosto de 2020. - *Bitencourt Marcondes*. – Relator.

Voto

DES. BITENCOURT MARCONDES - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Poliana Natália da Silva Prata e Y.C.S., representado por sua genitora, em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Edmundo José Lavinas Jardim, da 3ª Vara Cível da Comarca de Poços de Caldas que, nos autos da ação indenizatória por danos morais decorrente de erro médico, ajuizada em desfavor de Cibele Angelica de Souza Spina e do Município de Poços de Caldas, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Irresignados, pugnam pela reforma da sentença, em síntese, aos seguintes argumentos (i) houve conduta negligente e lesiva da médica que atendeu o menor, pois ciente da ineficácia da medicação prescrita, deixou de solicitar exame minucioso para aferir o quadro clínico do paciente, que apresentava febre, tosse e, segundo relatos da mãe, dificuldades respiratórias; (ii) o mais eficaz, naquele momento, era ter submetido o menor ao exame de Raios-X, medida que não foi tomada por mero capricho da médica apelada, uma vez que o pronto atendimento de emergência apresentava estrutura física, além de equipe de enfermeiros disponível para tal; (iii) o Código Civil prevê, em seu art. 949, o dever de indenizar nos casos de lesão ou ofensa à saúde, de modo que, no caso vertente, demonstrado o ato ilícito, tal dispositivo deve ser aplicado; (iv) sendo a responsabilidade da médica em questão objetiva, deve-se observar a norma do art. 14 do CDC; (v) ficou caracterizado o dano sofrido, uma vez que, se a genitora não tivesse levado seu filho a outro médico pediatra, que realizou o exame de imagem, o quadro clínico da criança poderia ter complicado, deixando sequelas e, até mesmo o óbito; (vi) a indenização por danos morais tem duplo efeito, ou seja, representa uma satisfação para a vítima, capaz de amenizar o abalo sofrido, e, por outro lado, serve de alerta para que o autor não volte a repetir o ato lesivo.

Contrarrazões no doc. de ordem 111.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso (doc. nº 113).

É o Relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Preliminar de ofício: da ilegitimidade passiva da primeira requerida

Verifica-se que a pretensão dos autores, ora apelantes, de serem indenizados a título de danos morais em relação à primeira requerida, Cibele Angelica de Souza Spina, médica integrante do SUS, circunscreve-se à assertiva de que esta, na qualidade de agente público, teria cometido ato ilícito, devido à suposta conduta negligente no atendimento ao menor.

Com efeito, os autores, ao abordarem o dever de indenizar do ente público, discorrem sobre a necessidade de o Município de Poços de Caldas responder pela atuação irregular da médica pertencente ao quadro do sistema público de saúde, à luz da norma inserta no art. 37, § 6º, da CR.

Sucede que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o dispositivo em tela, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1027633, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 06.12.2019, sob a sistemática da repercussão geral, fixou a tese de que a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Desse modo, considerando que a causa de pedir formulada em relação à primeira requerida, médica vinculada ao SUS, funda-se, exclusivamente, na pressuposição dos requerentes de que a ofensora ostentava a qualidade de agente público no momento dos fatos, há de se suscitar, de ofício, a preliminar de sua ilegitimidade passiva, para que, na linha da jurisprudência paradigmática da Excelsa Corte, seja excluída da lide.

Do mérito recursal - do dever de indenizar

Versam os autos sobre ação de indenização por danos morais, ajuizada por Poliana Natália da Silva Prata e Y.C.S., representado por sua genitora, visando à reparação civil de suposta falha do serviço público de saúde.

A primeira questão que se coloca diz respeito à teoria da responsabilidade civil aplicável à espécie.

Nesse ponto, considerando que os danos que o autor alega ter sofrido foram decorrentes da prestação do serviço público na rede municipal de saúde, incide a norma inserta no art. 37, § 6º, da Constituição da República, que consagra a teoria da responsabilidade objetiva do Poder Público e das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público.

Ao analisar o dispositivo em tela, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido da aplicabilidade da teoria da responsabilidade objetiva prevista na norma constitucional acima transcrita, tanto nas hipóteses de danos causados por atos comissivos de seus agentes, quanto naquelas em que o evento danoso decorre de omissão, ainda que oriunda da falha na prestação do serviço.

Assim, por ser objetiva a forma de responsabilização, para a procedência do pleito inicial, faz-se necessária a presença da conduta comissiva ou omissiva, do dano e do nexo de causalidade entre os dois primeiros elementos, tornando-se imperiosa, ainda, a constatação da inexistência de causas

excludentes de responsabilidade - como, em regra, ocorre quando verificada culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior -, cujo ônus da prova incumbe ao Poder Público ou a quem lhe faça às vezes. (STF. ARE 931411 AgR. 2ª Turma. Rel.Min. Dias Toffoli. DJe 28.04.2016).

Importa, ainda, ressaltar que, nos casos em que se discute a responsabilidade decorrente de procedimentos médicos, a teoria do risco administrativo deve ser analisada *cum grano salis*, pois a obrigação médica, via de regra, é de meio e não de resultado.

Isso porque a Medicina não é uma ciência exata, não havendo como se garantir a cura ou o resultado certo, mas, tão somente, o melhor tratamento disponível, salvo nos casos de procedimentos estéticos, como, v. g., cirurgias plásticas.

Desse modo, adotada a conduta médica correta, oportuna e esperada, exclui-se a responsabilidade estatal, por falta de nexo de causalidade, pois não há como imputar ao Poder Público a obrigação de garantir o sucesso do tratamento ou do procedimento médico.

Somente dessa maneira se apresenta possível impedir que a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, nas hipóteses de prestação de serviço público de saúde, se convole na extremada teoria do risco integral.

Feitas essas considerações iniciais, passo a analisar se os elementos probatórios presentes no caderno processual mostram-se hábeis a ensejar a obrigação do ente municipal a indenizar os apelantes pelos supostos danos oriundos dos serviços médicos prestados.

De acordo com a narrativa aduzida na inicial, a litisconsorte Poliana levou o menor Y.C.S. à Unidade de Pronto Atendimento - UPA de Poços de Caldas em 23.07.2017, visto que estava com febre alta, sem apetite e com dor de garganta. Após passar pelo setor de triagem, a criança foi encaminhada para consulta com a pediatra de plantão que, ao examiná-lo, por meio de toques na barriga e auscultação pulmonar com auxílio de estetoscópio, concluiu não haver problema algum, e, sem solicitar exame complementar de imagem, receitou medicamento antitérmico e orientou o retorno para a residência.

Acontece que, com o passar das horas, o quadro clínico do menor agravou-se, de modo que passou a sentir sérias dificuldades respiratórias. Assim, no dia 26.07.2017, a criança submeteu-se à consulta particular, tendo sido submetida ao exame de Raios-X na unidade do hospital Climep Total, ocasião em que recebeu diagnóstico de pneumonia avançada.

Consta, no doc. de ordem 09, declaração do pediatra que o atendeu nessa oportunidade, com relato das medicações prescritas.

A apelante Poliana registrou Boletim de Ocorrência na 1ª Delegacia de Polícia Cível de Poços de Caldas, relatando tais fatos.

Na sentença vergastada, o Magistrado de primeira instância julgou improcedente a demanda, por não vislumbrar a prática de ato ilícito, ao fundamento de que a médica agiu dentro das expectativas esperadas, prestando atendimento dentro que se poderia fazer diante do caso concreto.

A sentença não merece reparos.

Isso porque, pela análise detida do conjunto probatório existente nos autos, não se verifica a existência de erro no atendimento prestado pela médica do serviço municipal de saúde ao menor.

Com efeito, no depoimento por ela prestado na audiência de instrução e julgamento, afirmou que é por meio do exame clínico que o médico pode determinar, se necessário, a realização de exames complementares para elucidar fatos que tenha tomado conhecimento, devendo evitar a exposição imotivada aos exames invasivos, tal como os Raios-X, e que, na consulta, advertiu a mãe da criança sobre a necessidade de retorno ao hospital, em caso de piora ou de não melhora do estado de saúde do menor.

Na mesma ocasião, o médico pediatra Alberto Silos Volponi aduziu que exames complementares para criança em estado febril somente são solicitados quando ocorre prostração e/ou falta de ar, e que os Raios-X são nocivos à saúde, devendo ser evitados, para não causar mal maior no futuro.

Por fim, o pediatra José Carlos Pizarro Borges sustentou, em seu depoimento, que a febre é inespecífica para avaliar de que mal padece o paciente, que é por meio do exame clínico que se constata pneumonia, doença que possui ruídos específicos, fácil de serem identificados em crianças, em virtude da caixa toráxica fina, e que, quando auscultado os pulmões do paciente e não aferida existência de outro murmúrio que não o vesicular, que é o normal, inexistem razões para diagnosticar pneumonia.

Cumpre ressaltar que a médica requerida alegou, em sede de contestação, que a autora publicou em seu Facebook, conforme comprovação constante no doc. de ordem 32, foto do filho brincando na piscina de bolinhas em uma festa ocorrida no dia 29.07.2017, apenas três dias após ter recebido o diagnóstico de pneumonia grave em consulta com o médico particular.

Outrossim, a profissional em questão ainda colacionou ao feito artigo científico sobre os impactos da exposição à radiação no paciente pediátrico, e folheto didático da Unimed a título de ilustração (docs. de ordem 53/54).

Consoante todo o exposto acima, sem desprezar o drama vivido pelas partes, inexiste prova nos autos de que o quadro clínico do menor agravou-se por conduta negligente da pediatra, uma vez que, na consulta, auscultou o pulmão do paciente, procedimento que antecede o pedido de exame complementar, não tendo percebido nenhuma alteração relevante, acrescido ao fato de que, nessa data, o menor não apresentava sinais de prostração e de falta de ar, que são sintomas comuns da pneumonia.

Pelo contrário, o comportamento da profissional em questão demonstrou prudência, pois, em consonância com a recomendação dos colegas pediatras que depuseram no processo, evitou o uso

indiscriminado dos Raios-X, exame que pode impactar negativamente na saúde da criança a longo prazo, como bem demonstrado pelo artigo científico acostado ao feito.

Ademais, cumpre salientar que a médica, durante o atendimento, advertiu a requente quanto à necessidade de retorno à UPA em caso de piora ou de não melhora do quadro clínico do menor, sendo que esta aguardou três dias, e ainda optou por procurar atendimento particular.

Finalmente, ressalta-se que o fato da mãe e a criança terem comparecido à festa infantil poucos dias após o diagnóstico de pneumonia opõe-se à suposta gravidade da enfermidade que a acometia.

É claro que o fato do menor não ter melhorado dos sintomas que o acometiam, após primeira consulta na UPA, e o diagnóstico posterior de pneumonia, pode ter provocado aborrecimentos e transtornos aos apelantes, porém, a criança se recuperou rapidamente e sem sequelas.

Assim, não ficou comprovada a existência de erro médico, tampouco de danos morais, o que afasta o dever de indenizar.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal de Justiça:

> Apelação Cível. Responsabilidade objetiva. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Suposto erro médico. Ausência de provas. Município de Paracatu. Parto. Clavícula fraturada. - À luz do art. 37, § 6º da CR/88, a Administração Pública responde objetivamente pelos danos causados a terceiros, ressalvado o direito de regresso contra o agente causador do dano nos casos de dolo ou culpa. - Inexistindo provas que evidenciem a caracterização do ato ilícito, bem como o seu nexo causal com o dano apontado, de se afastar o dever de reparação no caso (TJMG - Apelação Cível 1.0470.13.001513-9/001, Relator: Des. Versiani Penna, 19ª Câmara Cível, j. em 16.05.2019, p. em 23.05.2019).
>
> Administrativo. Civil. Ação de indenização. Hospital municipal. Responsabilidade civil (objetiva). Erro médico. Requisitos para a configuração de responsabilidade civil. Ausência de ato ilícito. Prova pericial. Pedido improcedente. - A circunstância de a responsabilidade civil do Estado ser objetiva não elimina a obrigação do autor de provar a conduta estatal causadora de ofensa ao seu patrimônio jurídico, o dano e a existência de nexo causal. - Hipótese na qual a prova pericial atestou não ter havido erro médico, de forma que foi realizado o procedimento adequado e correto para resguardar a vida do autor (TJMG - Apelação Cível 1.0079.11.057553-1/002, Relator: Des. Alberto Vilas Boas, 1ª Câmara Cível, j. em 08.10.2019, p. em 15.10.2019).

Destarte, a hipótese é de improcedência da demanda.

Por fim, com o intuito de evitar o ritual de passagem estabelecido no art. 1.025 do CPC/2015, a multiplicação de embargos de declaração prequestionadores e os prejuízos deles decorrentes, nos termos do art. 8º (em especial, dos princípios da razoabilidade e da eficiência), e do art. 139, inciso II (princípio da duração razoável do processo), ambos do CPC/2015, para fins de "prequestionamento ficto", desde logo considero incluídos neste acórdão os elementos que cada uma das partes suscitou em suas razões e contrarrazões de recurso.

Conclusão

Ante o exposto, de ofício, suscito preliminar de ilegitimidade passiva, para excluir Cibele Angelica de Souza Spina da lide, e nego provimento ao recurso.

Tendo em vista o preenchimento dos requisitos para fins de arbitramento de honorários recursais, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, conforme entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento dos EDcl no AgInt no REsp nº 1.573.573/RJ4, majoro os honorários fixados na sentença em 2% (dois por cento)

Custas *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Leite Praça e Versiani Penna.

Súmula - SUSCITARAM, DE OFÍCIO, PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Embargos de terceiro - Cumprimento de sentença arbitral - Bloqueio de veículo no sistema Renajud - Prova da propriedade da executada - Prova da posse do 3º suposto adquirente - Ausência.

- Os embargos de terceiros visam proteger os direitos daquele que, não sendo parte no processo, sofra a constrição de um bem do qual tenha a posse, seja proprietário, fiduciário ou possuidor (art. 674 do CPC/15).

- Na distribuição do ônus da prova, nos termos do art. 373 do CPC/15, cabe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu, os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

- Inexistindo prova da tradição ou da posse da apelante sobre veículo, não há que se falar em desconstituição do bloqueio Renajud lançado nos autos de execução, a recair sobre bem registrado no Detran em nome da executada.

Apelação Cível nº 1.0000.20.068879-4/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: TECPORTO Treinamento e Tecnologia LTDA - EPP - Apelado: aQuamec Equipamentos S.A., Degremont Tratamento de Águas LTDA, Haztec Tecnologia e Planejamento Ambiental S.A. Relator: DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2020. - *Sérgio André da Fonseca Xavier* - Relator.

Voto

DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER - Trata-se de apelação cível, interposta por Tecporto Treinamento e Tecnologia LTDA. - EPP contra a r. sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Empresarial de Belo Horizonte, que, nos autos dos "embargos de terceiro", opostos em face de Haztec Tecnologia e Planejamento Ambiental S.A. e outras, julgou improcedentes os embargos, condenando a embargante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 20% (vinte porcento) do valor atualizado da causa.

Em suas razões recursais, alega que, em 13.12.2018, firmou um acordo extrajudicial com a sociedade EMSA para a quitação de débitos, recebendo em pagamento um caminhão Mercedes-Benz 710, ano 2003, cor branca, carroceria toco, de placas NFF-6030, então livre e desimpedido.

Diz que houve contradição no julgado, uma vez que a documentação comprova a posse do bem - leia-se a tradição - anterior ao lançamento da constrição.

Não há prova da sua má-fé, ou seja, a simulação da compra e venda, sendo certo que não havia registro de penhora na época da alienação.

O julgado importou em *error in judicando*. Cita o art. 674 do CPC/15 e doutrina.

Transcreve a Súmula nº 84 do STJ.

Há de se presumir a sua boa-fé, eis que ao tempo do negócio não havia publicidade do impedimento do bem.

O registro no Detran gera presunção relativa de propriedade. Cita a Súmula nº 375 do STJ.

O vasto patrimônio da EMSA justifica o negócio e impede que seja tratado como fraude à execução, tanto é assim que a EMSA permanece em atividade.

A prova da má-fé seria da embargada, ônus do qual não se desincumbiu. Cita jurisprudência.

Pugna, ainda, pela condenação da contraparte ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Ao final, é pelo provimento do recurso com a procedência dos pedidos e a consequente retirada do impedimento que recai sobre o bem.

Em contrarrazões, as apeladas são pela manutenção do julgado em seus exatos termos.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

No caso em tela, verifica-se que, no cumprimento de sentença arbitral nº. 6020440-78.2015.8.13.0024, movido pelos apelados em face de EMSA Empresa Sul Americana de Montagens S.A. e outras, foi acolhido, por decisão datada de 03.04.2019, o pedido de impedimento de transferência de veículos de propriedade das executadas no sistema Renajud, em que se inclui o caminhão Mercedes-Benz 710, ano 2003, cor branca, carroceria toco, placas NFF-6030.

Observa-se que o instrumento de acordo extrajudicial para quitação de dívidas, firmado entre a EMSA e a TECPORTO em 13.12.2018, estabeleceu como parte do pagamento a entrega do referido caminhão, cuja tradição, segundo a cláusula 3.5, ocorreria no ato da assinatura.

Apesar de a apelante afirmar que a tradição se aperfeiçoou e que está realizando manutenções no veículo antes de efetivar sua transferência, é de se questionar o motivo pelo qual já se passaram vários meses desde a transação, a confecção do recibo e suposta entrega do bem sem o efetivo registro da compra e venda no Detran. Em verdade, nada há nos autos a demonstrar em que oficina ele está, ou se o bem foi levado para São Paulo, onde é sediada a apelante.

Não há sequer fotografias do bem ou um termo de entrega que possam fazer a prova da tradição, tampouco a declaração de renda da empresa prestada à Receita Federal do Brasil a demonstrar que o referido bem passou a integrar o seu patrimônio naquela oportunidade.

É de se notar, também, que o Termo de Acordo Extrajudicial é bastante amigável, sem a imposição de cláusulas penais mútuas por descumprimento, mas, ao contrário, traz uma cláusula bastante clara que parece revelar o futuro, ou seja, a evicção, reforçada na forma do art. 448 do Código Civil, a saber:

> Art. 448. Podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção.

Ora, os embargos de terceiros visam proteger os direitos daquele que, não sendo parte no processo, sofra a constrição de um bem do qual tenha a posse, seja como proprietário, fiduciário ou possuidor.

O cabimento da ação de embargos de terceiro é regulado pelo *caput* do art. 674 do CPC/15, *in verbis*:

> 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.
>
> § 1º Os embargos podem ser de terceiro proprietário, inclusive fiduciário, ou possuidor.
>
> § 2º Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos:
>
> I - o cônjuge ou companheiro, quando defende a posse de bens próprios ou de sua meação, ressalvado o disposto no art. 843;
>
> II - o adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução;
>
> III - quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte;
>
> IV - o credor com garantia real para obstar expropriação judicial do objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado, nos termos legais dos atos expropriatórios respectivos.

E a doutrina ensina:

> Os embargos de terceiro podem ser ajuizados, em princípio, por qualquer pessoa que ostente a condição de terceiro em relação à demanda de onde provém a decisão judicial que ordena a constrição do bem. Esse terceiro, porque teve seu patrimônio atingido pela decisão judicial, está sempre habilitado a insugir-se contra a indevida apreensão do bem por meio de embargos de terceiro. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil: Procedimentos Especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 5.)

Na distribuição do ônus da prova, nos termos do art. 373 do CPC/15, cabe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e, ao réu, os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

O fato é que, diante da presunção relativa de veracidade do registro do veículo no Detran, ainda em nome da EMSA, seria da apelante o ônus de demonstrar situação diversa, ou seja, que antes disso houve a efetiva tradição do bem móvel, conforme preconiza o Código Civil:

> Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição.

Como bem decidido no Juízo *a quo*, não basta o contrato e o recibo, ou seja, para quebrar a presunção relativa de propriedade daquele em nome de quem o bem permanece registrado no Detran, a prova da tradição deveria ter sido mais robusta.

Dessa forma, uma vez que o referido veículo integrava o patrimônio da executada na época da constrição, conforme registrado no Detran, constitui bem legítimo para ser bloqueado e levado à penhora em ação executiva.

Nesse sentido:

> Embargos de terceiro. Penhora. Propriedade. Ônus da prova. Os embargos de terceiros visam a proteger o direito daquele que, sendo proprietário ou possuidor, e não sendo parte no processo, sofre constrição judicial indevida. A transferência da propriedade do bem móvel ocorre apenas com a tradição, não sendo necessária a prova documental da propriedade, mantendo-se a penhora, se o embargante não prova a posse ou a propriedade do bem na data da constrição (TJMG - Apelação Cível nº 1.0697.11.002484-4/001, Rel.ª Des. Evangelina Castilho Duarte, 14ª Câmara Cível, j. em 10.06.2016, p. da súmula em 17.06.2016).

É de se questionar, ainda, a compra e venda realizada entre pessoas jurídicas de forma incauta, sem as devidas consultas processuais públicas acessíveis de forma bastante singela a qualquer cidadão, especialmente sobre o histórico de ações judiciais em trâmite e a possível fraude à execução, em curso desde 2015 (6020440-78.2015.8.13.0024).

Assim, considerando que o embargante não se desincumbiu de seu ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, ou seja, a sua posse sobre o veículo bloqueado e, *pari passu*, levando em conta que é incontroversa a propriedade da executada conforme registro no Detran, não há que se falar em desconstituição do bloqueio efetivado nos autos da execução. Lembre-se que, regularmente intimadas, ambas as partes desistiram de prosseguir com a instrução.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais pelo apelante e deixo de proceder a majoração do art. 85, § 11 do CPC/15, uma vez que os honorários sucumbenciais já estão fixados no patamar máximo legalmente admitido.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores José Eustáquio Lucas Pereira e Arnaldo Maciel.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação - Ação indenizatória por danos morais - Preliminar - Ilegitimidade passiva - Afastamento - Teoria da asserção - Código de defesa do consumidor - Aplicabilidade - Hospedagem em hotel - Falha na prestação de serviços - Demonstração - Dano moral - Configuração - *Quantum*.

- Pela teoria da asserção, a verificação da legitimidade das partes é realizada *in status assertionis*, ou seja, de acordo com as assertivas deduzidas na inicial. A empresa que explora a prestação de serviços de reserva de hotéis, através de portal da internet, integra a cadeia de consumo, sendo parte legítima para responder pelos danos causados aos consumidores. Restando demonstrada que a relação jurídica existente entre as partes é tipicamente de consumo, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor à lide. Constitui falha na prestação de serviços e garante a condenação por danos morais a alteração compulsória na hospedagem previamente contratada, mormente quando o contratante é compelido a ser realocado em estabelecimento com acomodações inferiores àquele escolhido. Para arbitrar os danos morais deve o julgador se atentar aos critérios punitivo e compensatório da reparação, bem como à proibição do enriquecimento sem causa e aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.20.070877-4/001 - Comarca de Betim - Apelante: Booking com Brasil serviços de reserva de hotéis Ltda. - Apelado: Camila Martins de Oliveira - Relatora: DES.ª MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR AS PRELIMINARES. NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 1º de julho de 2020. - Mônica Libânio Rocha Bretas - Relatora.

Voto

DES.ª MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS - Trata-se de apelação, interposta por Booking.com Brasil serviços de reserva de hotéis Ltda. contra r. sentença de Ordem 42, proferida nos autos da ação de indenização por danos morais, ajuizada por Camila Martins de Oliveira, em que o MM. Juiz de Direito, Dr. Múcio Monteiro Cunha M. Júnior, da 3ª Vara Cível da Comarca de Betim/MG, decidiu a lide nos seguintes termos:

[...]

Colho maduro o processo para julgamento, uma vez existente nos autos prova mais do que suficiente para a formação de meu juízo sobre o mérito da demanda.

Preliminar de ilegitimidade passiva.

Rejeito ainda a preliminar de ilegitimidade passiva, pois incontroverso que a parte autora era destinatária do serviço de reserva prestado pela parte ré, que atuou como intermediário na contratação de um quarto de hotel.

No mérito

Observo tratar-se, o presente caso, de típica relação de consumo, pelo que a resolução da lide deverá receber os influxos das normas que compõem o microssistema de proteção ao consumidor. Isso porque a parte autora caracteriza-se como pessoa física que adquiriu/utilizou produto/serviço como destinatária final (art. 2º do CDC), enquanto as rés são típicas fornecedoras, nos termos do art. 3º, § 2º, do mesmo diploma legal.

E, nos termos do que dispõe o art. 6º, inciso VIII, do CDC, constitui direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

No caso em comento, se tornou incontroverso que a parte autora foi beneficiária da reserva que foi executada de forma diversa da contratada.

Da análise dos autos, verifica-se que a parte autora firmou contrato de compra e venda de uma viagem para o exterior, realizando reserva de hotel ofertada no site da parte ré, o que consubstancia fato incontroverso, sendo que o serviço contrato não foi concretizado em razão da inexistência de reserva no hotel, não obstante a obrigação, a tanto, que se submeteu o demandado, fato este não impugnado pelo réu.

A parte autora foi alocada em um hotel com classificação menor que aquele contratado, conforme se observa nos documentos apresentados em id's 37118200/37118357, o que importa em diferença na qualidade do serviço prestado e no preço da reserva.

Ora, a parte ré não demonstrou que diligenciou para solucionar a questão junto ao hotel contratado.

Assim, entendo pela ocorrência de dano moral no caso concreto, vez que a parte autora sofreu diversos transtornos decorrentes das alterações realizadas na reserva após uma longa viagem, sendo alocada em um hotel com prestação de serviço inferior ao esperado, conforme avaliado pela própria parte ré.

Para fixação do *quantum* dos danos morais, devem ser levados em conta as circunstâncias do caso concreto e o sofrimento experimentado pela parte autora. Entendo que o Código Civil não previu o caráter punitivo da reparação, embora haja várias e importantes vozes na doutrina e jurisprudência defendendo o contrário. Diz o art. 944 do citado código que a indenização se mede pela extensão

do dano, de modo que se encontra afastada a aplicação da doutrina anglo-saxônica dos *punitive damages* no sistema brasileiro.

No presente caso, tenho por razoável a fixação do valor em R$10.000,00 (dez mil reais), a título de reparação dos danos morais.

Dispositivo

Pelo exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial, com resolução do mérito, na forma do art. 487, I, do Código de Processo Civil, para o fim de condenar a parte ré no pagamento de R$10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais, corrigidos monetariamente por índice adotado pela Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais, a partir da data de prolação da sentença acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde o evento danoso.

Ante a sucumbência mínima do autor, aplico o art. 86, paragrafo único, do CPC e condeno a parte ré ao pagamento das custas e honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da condenação.

Pelas razões de Ordem 44, pugna o apelante (Booking.com Brasil serviços de reserva de hotéis Ltda.), preliminarmente, pelo reconhecimento de sua ilegitimidade passiva, ao fundamento de que apenas "disponibiliza espaço em seu sítio eletrônico para que as propriedades anunciem suas acomodações e serviços, os quais são diretamente responsáveis pelas informações disponibilizadas no site".

Assevera, ainda, que "não é proprietária dos serviços ofertados em sua plataforma", não podendo, assim, responder por eventual falha destes serviços.

Ainda, em preliminar, informa que não caberia, no presente caso, aplicação do Código de Defesa do Consumidor - com consequente inversão do ônus da prova - visto que não demonstrada a relação de consumo, impondo-se, assim, o afastamento deste instituto, com consequente obrigação da parte autora/apelada de comprovar os requisitos para fins de garantir a obrigação de reparar o dano.

Alega, também, ausência de prova dos prejuízos de ordem moral, inexistindo, ainda, qualquer responsabilidade do apelante para com os fatos mencionados na inicial.

Alternativamente, caso mantida a condenação, pleiteia redução dos valores arbitrados a título de danos morais.

Contrarrazões apresentadas à Ordem 50.

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Da preliminar de ilegitimidade passiva.

Afirma a empresa/apelante, em preliminar, ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, uma vez que é apenas prestadora de serviços, figurando apenas como intermediador entre clientes e hotéis.

Todavia, tenho que a referida preliminar deve ser afastada.

Nas lições de Cândido Rangel Dinamarco:

> Legitimidade *ad causam* é qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima. Daí conceituar-se essa condição da ação como relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II, 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 306).

Portanto, a legitimidade das partes pressupõe a existência de um vínculo entre o autor da ação, a pretensão controvertida e a parte ré.

Saliente-se que a análise das condições da ação deve ser realizada *in statu assertionis*, com base na narrativa realizada pelo autor na petição inicial. Em se concluindo que o autor é o possível titular do direito sustentado na peça de ingresso, bem como que o réu deve suportar a eventual procedência da demanda, estará consubstanciada a condição da ação relativa à legitimidade das partes.

Nesse sentido é o entendimento do STJ:

> A teoria da asserção, adotada pelo nosso sistema legal, permite a verificação das condições da ação com base nos fatos narrados na petição inicial. (STJ - REsp nº 753.512-2005/0085707-8, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma. *DJe* de 10.08.2010, p. 1356).
>
> Vale observar, ainda, que as condições da ação são vistas *in satu assertionis* (teoria da asserção), ou seja, conforme a narrativa feita pelo demandante, na petição inicial. Desse modo, o interesse processual exsurge da alegação do autor, realizada na inicial, o que, ademais, foi constatado posteriormente na instância ordinária. (STJ - Resp. nº 200201177112-470675/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJU de 29.10.2007, p. 00201).

No caso dos autos, verifica-se que a reserva do hotel mencionada pela autora/apelada em sua peça de ingresso foi realizada no sítio eletrônico de titularidade da ré/apelante, fato este por ele mesmo confirmado.

Denota-se, ainda, que o apelante faz parte da cadeia de consumo, auferindo lucros com a operação devendo, assim, ser responsabilidade por eventuais prejuízos causados à parte apelada.

Não há que se falar, assim, em sua ilegitimidade passiva. Sobre o tema:

> Apelação cível. Indenização de danos materiais e morais. *Ilegitimidade ad causam*. Matéria de mérito. Rejeitada. Empresa intermediadora de reserva de hotéis. Legitimidade. Aplicação código de defesa do consumidor. Inexistência de reserva anteriormente confirmada. Danos morais. Despesas efetuadas pelos consumidores em outro hotel. Dano material configurado a ser indenizado. A legitimidade ativa, implica que o autor deve ser titular da situação jurídica apresentada em juízo e, a legitimidade passiva o dever de existir uma relação de sujeição em relação à pretensão do autor. A empresa que explora a prestação de serviços de reserva de hotéis através de portal da internet, integra a cadeia de consumo, sendo parte legítima para responder solidariamente com o hotel pelos danos causados aos consumidores. - Após reserva em pousada, pagamento e confirmação da reserva, a negativa do estabelecimento em receber os hospedes, sob alegação de inexistência da reserva, causa dano moral a ser indenizado. Sendo obrigado o consumidor a se dirigir a outro hotel, ante a negativa da existência de reserva anteriormente confirmada, responder por todas as despesas realizadas em outro hotel (Apelação Cível nº 1.0145.14.067807-2/001, Des. Pedro Aleixo, j. em 15.12.2016, p. em 26.01.2017).

Rejeito, assim, a preliminar de ilegitimidade passiva.

Da preliminar - inaplicabilidade do CDC

Afirma o apelante, ainda em preliminar, que não caberia a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao presente caso.

Todavia, tenho que claramente evidenciada a relação de consumo, tendo a autora/apelada contratado o hotel descrito na inicial diretamente no sítio eletrônico do réu/apelante.

E, como já adiantado na fundamentação que afastou alegação de ilegitimidade passiva, a ré/apelante intermediou a venda por meio de seu site na internet, respondendo, pois, solidariamente por eventuais danos, visto que está dentro da cadeia de fornecedores.

Sobre o tema:

> Apelação cível. Indenização por danos morais. Pacote de viagens. Hospedagem em resort. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade objetiva da agência de viagens. Dano moral configurado. - I - Ao dever de reparar impõe-se configuração de ato ilícito, nexo causal e dano, nos termos dos arts. 927, 186 e 187 do CC/02. II - A agência de viagens, que disponibiliza em suas páginas na internet informações sobre o local, preço e condições de estadia e hospedagem, participa ativamente da cadeia produtiva, respondendo de modo objetivo e solidário pelos danos causados aos seus consumidores. III - A opção por hospedagem em resort inclui, primordialmente, a vivência em uma infraestrutura de lazer e entretenimento, com bastante comodidade. IV - A falta de comunicação da operadora de turismo acerca da realização de obras no resort configura falha na prestação de serviço e causa frustração e abalo psíquico à consumidora, ensejando reparação moral. V - Ausentes parâmetros legais para fixação do dano moral, mas consignado no art. 944 do CC/02 que a indenização mede-se pela extensão do dano, o valor fixado a este título deve assegurar reparação suficiente e adequada para compensação da ofensa suportada pela vítima e para desestimular-se a prática reiterada da conduta lesiva pelo ofensor (Apelação Cível nº 1.0000.20.002184-8/001, Rel. Des. João Cancio, j. em 19.05.2020, p. em 19.05.2020).
>
> Apelação. Ação ordinária de indenização. Danos morais. "pacote" de viagem. Defeito na prestação dos serviços. Responsabilidade. - Revela-se responsável pelos defeitos na prestação dos serviços de viagem,

a empresa que intermédia a sua venda, através de sítio de internet, nos termos das disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor. - Verificado o dano moral decorrente da falha na prestação dos serviços, impondo aos consumidores situação vexatória, causando-lhes profunda angústia, caracterizado resta o dano moral reclamado e o dever de indenizar. - Estando devidamente estabelecida a verba indenizatória, pelo dano moral suportado pelos autores, a manutenção do referido valor se faz de rigor. - Apelos não providos (Apelação Cível nº 1.0145.14.040737-3/001. Rel. Des. José Arthur Filho, j. em 01.03.2016, p. em 22.03.2016).

Apelação cível. Ação de indenização. Prestação de serviços de turismo. Código de defesa do consumidor. Aplicabilidade. Aquisição de pacote de viagem. Empresa que disponibilizou a publicidade. Responsabilidade solidária. Propaganda enganosa. Dano moral. Dever de indenizar configurado. *Quantum* indenizatório. Razoabilidade e proporcionalidade. Redução. Impossibilidade. A relação existente entre o turista e a empresa de serviços de turismo é de consumo e está amparada pela Lei 8.078/90. O Código de Defesa do Consumidor impõe à cadeia de fornecedores obrigação solidária de indenizar por danos causados pelos fatos do produto ou do serviço e por vícios dos produtos e serviços. O fato de a parte autora ter contratado uma hospedagem de luxo e ao chegar ao local ter se deparado com uma pousada em situações precárias, o que lhe gerou diversos transtornos, não pode ser considerado com fato corriqueiro ou mero aborrecimento, sendo certo que a frustração, a tristeza e sentimentos similares causados pela viagem frustrada justificam a condenação ao pagamento de dano moral. 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 (Apelação Cível nº 1.0145.14.061073-7/001, Rel. Des. José de Carvalho Barbosa, j. em 01.08.2019, p. em 09.08.2019).

Lado outro, mostra-se dispensável a comprovação de eventual culpa da Autora/apelante, nos termos do 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.

Este é o entendimento do STJ:

Direito civil e do consumidor. Ação de indenização por danos materiais. Pacote turístico. Má prestação de serviço. Responsabilidade objetiva da operadora. Art. 14 do CDC. Contrato de seguro saúde para viagem. Contratação casada. Negativa indevida de cobertura no exterior. Cadeia de consumo. Solidariedade legal entre a operadora e a seguradora. Art. 7º do CDC. Ressarcimento das despesas com transporte em UTI aérea para o brasil e demais despesas médicas. Cabimento. - O Tribunal de origem, analisando os fatos concluiu tratar-se de má prestação de um serviço, sendo a operadora de turismo, portanto, prestadora de serviço, como tal responde, independentemente de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. - Acresce que o parágrafo único do art. 7º do Código consumerista adotou o princípio da solidariedade legal para a responsabilidade pela reparação dos danos causados ao consumidor, podendo, pois, ele escolher quem acionará. E, por tratar-se de solidariedade, caberá ao responsável solidário acionado, depois de reparar o dano, caso quei-

> ra, voltar-se contra os demais responsáveis solidários para se ressarcir ou repartir os gastos, com base na relação de consumo existente entre eles. - Desse modo, a distinção que pretende a recorrente fazer entre a sua atuação como operadora dissociada da empresa que contratou o seguro de viagem não tem relevância para a solução do caso e não afastaria jamais a sua responsabilidade. - Recurso Especial improvido (REsp nº 1102849/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. em 17.04.2012, *DJe* de 26.04.2012).

Rejeito, assim, a preliminar de não aplicação do CDC.

Mérito.

A controvérsia cinge-se em analisar se houve falha na prestação do serviço por parte do apelante e, ainda, se tal falha ocasionou à autora/apelada prejuízos de Ordem moral. Necessário, ainda, verificar se o valor arbitrado pelo Magistrado de origem a tal título mostrou-se exorbitante.

Das provas colacionadas aos autos, percebe-se que a autora/apelada celebrou um contrato com ó réu/apelante, por meio de seu site de compras, relativo a reserva de hospedagem no hotel "Wai Fan (Yiu Fai) Guest House", localizado na cidade de Hong Kong entre os dias 28.12.2016 e 29.12.2016.

Chegando ao local, a autora foi informada que não havia mais quartos vagos, sendo realocada pelo dono do referido hotel em outro estabelecimento, cujas acomodações eram inferiores ao hotel contrato.

Tais fatos não foram impugnados pela empresa/apelante, a qual também não nega a relação contratual, se limitando a afirmar ausência de responsabilidade pelos referidos problemas.

Todavia, como já adiantado, a ré/apelante, como intermediadora da venda, responde, sim, por eventual falha na prestação dos serviços, nos termos do parágrafo único do art. 7º do CDC, *in verbis*:

> Art. 7° Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.
>
> Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

E, no caso, restou evidenciada a falha na prestação do serviço, visto que prestado de forma diversa da contratada e, à falta de provas em contrário, com prejuízos para a parte contratante, dado que teve que ser realocada em hotel distinto e com estrutura física inferior ao hotel contratado.

Também não prospera sua alegação de que a responsabilidade seria do hotel contratado (culpa de terceiro), já que, como já adiantado, por fazer parte da cadeia de consumo, responde por eventual falha na prestação de serviços.

Denota-se, ainda, que os prejuízos sofridos pela autora/apelada ultrapassaram os limites do mero aborrecimento, na medida em que, ao chegar ao hotel contratado, teve frustrada sua hospedagem,

sendo obrigada a ficar hospedada em hotel inferior, conforme se verifica pelas fotos colacionadas à Ordem 06/07.

Além disso, verifica-se que os fatos ocorreram em outro País (Hong Kong - China), o que evidentemente gera maiores transtornos, tanto pela dificuldade de comunicação para solução do problema, quanto pelo efetivo temor de não conseguir hospedagem em um local tão distante de casa. Acrescenta-se, também, que os fatos ocorreram às vésperas do ano novo.

Deste modo, tenho que os danos gerados em decorrência da falha do serviço restaram efetivamente demonstrados.

Passo, assim, à análise dos valores arbitrados pelo Magistrado de origem.

No que diz respeito aos critérios de fixação da indenização por dano moral, precisa é lição de Sergio Cavalieri Filho:

> Creio que na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.
>
> [...]
>
> Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições econômicas do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes (FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 108).

Da detida análise dos autos, entendo que o valor arbitrado na r. sentença a título de indenização por danos morais - R$10.000,00 (dez mil reais), não se revelou exorbitante, mostrando-se adequado à reparação do dano sofrido pela autora/apelada.

Deve ser considerado que a autora/apelada teve sua viagem prejudicada em virtude da falha na prestação do serviço pelo réu/apelante, na medida em que ao chegar a seu destino, no exterior, se viu sem hospedagem, tendo que, naquele momento, buscar alternativas para passar a noite, acabando por se hospedar em local com acomodações inferiores à contratada, além da data do ocorrido.

Dispositivo.

Diante do exposto, REJEITO AS PRELIMINARES. NO MÉRITO, NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO, mantendo na íntegra a decisão de primeiro grau.

Custas recursais pelo apelante.

Em sede recursal, majoro os honorários de sucumbência para 20% (vinte por cento) do valor da condenação, sendo 15% (quinze por cento) da fase inicial e 5% (cinco por cento) da fase recursal.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores Shirley Fenzi Bertão e Adriano de Mesquita Carneiro.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES. NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Apelações Cíveis - Restituição de valores c.c. indenização por danos morais - Relação de consumo - Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - Contratação de empréstimo por telefone - Fraude praticada por terceiro - Responsabilidade objetiva - Fortuito interno - Relação de causalidade com a atividade do fornecedor - Dano moral configurado - Indenização fixada - Honorários - Manutenção.

- O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos bancários, conforme pacificado na Súmula n° 297 do STJ, desde que haja relação de consumo, ainda que por equiparação.

- A culpa exclusiva de terceiros capaz de afastar a responsabilidade objetiva do fornecedor não deve guardar relação de causalidade com a atividade do fornecedor.

- A ocorrência de fraudes em operações bancárias praticadas por terceiros não pode ser considerada excludente de responsabilidade civil, ao se tratar de fortuito interno, devendo a instituição financeira suportar os riscos de sua atividade.

- Na fixação do valor da compensação, imprescindível sejam levadas em consideração a proporcionalidade e razoabilidade, a fim de suprir o caráter punitivo- pedagógico do dano moral, não se afigurando, pelo seu montante, como exagerada a ponto de se constituir em fonte de renda, já que tem o nítido caráter compensatório. Se diminuto o valor arbitrado, é cabível a sua majoração.

- Consoante posicionamento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, a correção monetária do valor da indenização moral incide a partir da data do arbitramento, devendo os juros de mora incidentes sobre valores fixados a título de compensação por danos morais advindos de ilícito extracontratual incidir a partir da data do evento danoso.

- Se o valor arbitrado em sede de Juízo monocrático a título de sucumbência atende aos parâmetros insculpidos no CPC, não é cabível a sua alteração.

Apelação Cível nº 1.0000.20.077348-9/001 - Comarca de São Sebastião do Paraíso - Apelante: Banco Pan S.A. - Apelado: Ana Tereza Moreira Enes. Relator: DES. MARCOS HENRIQUE CALDEIRA BRANT.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de julho de 2020. - *Marcos Henrique Caldeira Brant* - RELATOR.

Voto

DES. MARCOS HENRIQUE CALDEIRA BRANT - Trata-se de apelação interposta por Banco Pan S.A. contra a sentença (documento eletrônico 137) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de São Sebastião do Paraíso, que, nos autos da "ação indenizatória por dano moral e declaratória de nulidade contratual", ajuizada por Ana Tereza Moreira Enes, julgou procedentes os pedidos iniciais "para declarar a inexistência de relação jurídica entre as partes, consistente nos contratos com números 316438410-3 e 312734823-7, determinando, a título de antecipação de tutela, a suspensão de qualquer desconto em benefício ou em conta corrente da autora, com base naqueles documentos", condenando o réu a restituir à autora todos os valores descontados, em dobro, com incidência de juros e correção monetária a contar de cada um dos descontos. Condenou o réu, ainda, ao pagamento, à título de indenização por danos morais à autora, o valor de R$15.000,00 (quinze mil reais), "corrigida a contar desta data, mas com juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde a data da primeira contratação (25.11.2016 - ID 36107873 - p. 3)". Determinou, ainda, que "por ocasião do cumprimento de sentença, no momento do pagamento da indenização aqui fixada, deverá ocorrer compensação, com abatimento, dos valores creditados em conta da autora, com base naqueles instrumentos, apenas com aplicação de correção monetária em relação àqueles valores, não havendo que se falar em juros moratórios quanto àquelas importâncias. A mora não é da autora".

Condenou o réu, ao final, ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Nas razões recursais (documento eletrônico 139), o réu/apelante alega, em síntese: a) que a sua responsabilidade deve ser excluída, pois se trata atos de terceiros pelos quais o próprio réu/apelante também é vitima; b) que em sendo também vítima, deve ser afastada a condenação a si imputada a titulo de danos morais; c) que "a chamada culpa exclusiva de terceiro, causa excludente da responsabilidade civil, fulmina o chamado nexo causal entre a conduta do agente e o prejuízo alegado"; d) que da mesma forma há culpa do próprio consumidor que forneceu seus dados a terceiros; e) que a condenação em repetição do indébito em dobro se demonstra incorreta na medida em que não comprovada a má-fé do réu/apelante; f) que ausentes os requisitos ensejadores da indenização por danos morais; g) que o valor arbitrado a titulo e danos morais é excessivamente alto devendo ser minorado. Requer, ao final, que seja dado provimento ao recurso, para julgar improcedentes os pedidos iniciais, ou que seja reformada a condenação.

Contrarrazões (documento eletrônico 146), nas quais a autora/apelada defende o não provimento do recurso, e a manutenção da sentença em seus exatos termos.

É o relatório. Decido.

Conheço da apelação, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia em analisar se a fraude perpetrada contra a autora/apelada por meio de contato telefônico com o réu/apelante enseja responsabilidade deste último e se passível de indenização por danos materiais e morais.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, no caso, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de relação de consumo, ainda que por equiparação, onde a responsabilidade civil do réu/apelante é objetiva, não sendo necessária a análise da culpa para sua caracterização.

É também de se considerar que a Súmula nº 297 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Roberval Rocha Vieira Filho e Albino Carlos Martins Vieira, em sua obra STJ - Súmulas, p.171, ao comentarem referida Súmula, advertem *verbis*:

> O STJ reconheceu haver sujeição das instituições financeiras às regras da lei consumerista, de modo a conferir aos consumidores de serviços bancários um grau maior de proteção, diante de uma relação de consumo marcada pelo uso generalizado dos contratos de massa e pela expressiva desproporção entre os pólos contratuais.
>
> Para a Corte, se as instituições financeiras não podem ser enquadradas como fornecedores de produtos, é plenamente admissível que elas sejam classificadas como prestadores de serviços, à luz do art. 3º, do CDC.
>
> Aliás, essa norma do Código faz uma enumeração específica, que tem razão de ser. Coloca expressamente os serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária antecedidos do advérbio "inclusive". Tal designação não significa que existia alguma dúvida a respeito da natureza dos serviços desse tipo. Antes demonstra que o legislador foi precavido, preocupado com que tais instituições conseguissem escapar do âmbito de aplicação da lei. São poucas as dúvidas de que este setor presta serviços em relações típicas de consumo. A precaução mostrou-se eficiente, pois apesar da clareza do texto, houve a tentativa judicial de se obter declaração em sentido oposto, o que levou o STJ a declarar exatamente aquilo que a lei já dizia, editando a súmula.

Em sendo aplicável o Código de Defesa do Consumidor, há de se ressaltar que o réu/apelante, na condição de fornecedor de serviço, responde objetivamente por eventuais danos decorrentes da falha na prestação destes serviços, devendo ressarcir a autora/apelada, nos termos do 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 a responsabilidade objetiva, oportuno trazer à colação a doutrina do jurista Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra Responsabilidade Civil, p. 21/22, *verbis*:

> 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 culpado, 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.

Assim, na responsabilidade objetiva, a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

Examina-se a situação e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, surge o dever de indenizar.

Outrossim, necessário registrar que, a princípio, a responsabilidade da instituição financeira somente será afastada caso o prestador de serviços comprove a ocorrência de uma das hipóteses de excludentes previstas no § 3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam, a inexistência do defeito e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Todavia, a excludente da responsabilidade objetiva da instituição financeira diante da culpa exclusiva do consumidor ou de fato de terceiro é inaplicável na hipótese dos autos, tendo em vista que a ocorrência de fraudes em operações bancárias praticadas por terceiros não pode ser considerada excludente de responsabilidade civil, mormente porque se trata de fortuito interno, devendo a instituição financeira suportar os riscos de sua atividade.

Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

> As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias (Súmula nº 479, Segunda Seção, j. em 27.06.2012, *DJe* de 01.08.2012).

Analisando os autos, verifica-se que o dano causado à autora/apelada somente ocorreu diante da ausência de segurança e treinamento dos prepostos do réu/apelante, permitindo a atuação de estelionatários cujas vítimas são os clientes e consumidores do próprio réu/apelante.

Tal hipótese não foi questionada em recurso, tratando-se de matéria incontroversa - a existência de fraude - comprovada por meio de pericia.

Doutro norte, não se desincumbiu o réu/apelante em comprovar a ocorrência da alegada excludente de responsabilidade reforçando a ocorrência de fortuito interno.

Cabe ressaltar que a autora/apelada é pessoa idosa, alvo certo de estelionatários, fato de conhecimento geral da população. Assim, a alegação do réu/apelante de que não tem controle sobre o livre arbítrio do consumidor em repassar seus dados a terceiros, não tem o condão de afastar sua responsabilidade, mormente diante da falha na prestação de serviços com segurança a seus consumidores.

Assim, pela simples análise do conteúdo probatório dos autos, é notório que um terceiro utilizou indevidamente da função exercida por prepostos bancários para apoderar-se de dados e documentos pessoais da autora/apelada para realizar as operações indevidamente e assim contrair os débitos em seu nome, tratando-se de fraude.

A respeito da matéria, o Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos, firmou entendimento de que as instituições financeiras respondem objetivamente pelas fraudes e delitos praticados por terceiros, devendo aludido entendimento ser aplicado à situação que ora se apresenta. Confira-se:

> Recurso especial representativo de controvérsia. Julgamento pela sistemática do art. 543, *c*, do CPC. Responsabilidade civil. Instituições bancárias. Danos causados por fraudes e delitos praticados por terceiros. Responsabilidade objetiva. Fortuito interno. Risco do empreendimento. 1. Para efeitos do art. 543, *c*, do CPC: 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. 2. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1197929, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 12.09.2011).

Tem-se, pois, que a culpa exclusiva de terceiros capaz de afastar a responsabilidade objetiva do fornecedor não deve guardar relação de causalidade com a atividade do fornecedor.

Logo, é inquestionável que a falha na prestação de serviços, mormente quanto à segurança das agências bancárias enseja reparação pelos prejuízos causados, materiais e morais, sobretudo porque o réu/apelante agiu com negligência ao deixar diligenciar neste aspecto.

Nesse sentido, já se manifestou este Tribunal de Justiça:

> 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 se mostram 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 fraudu-

lenta 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 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 (TJMG - Apelação Cível nº 1.0083.14.000915-6/002, Rel. Des. Roberto Vasconcellos, 17ª Câmara Cível, j. em 27.06.2019, p. da súmula em 09.07.2019).

Apelação cível. Ação ordinária. Fraude ocorrida no interior de agência bancária. Dever de segurança. Responsabilidade do banco. Descontos indevidos. Devolução. Cabimento. Danos morais. Ofensa a direito da personalidade. Caracterização. - As falhas de segurança no acesso bancário são imputáveis objetivamente à instituição prestadora dos serviços (Súmula nº 479 do STJ), salvo se houver evidências de descuido do consumidor. - Agindo o falsário no interior do estabelecimento bancário, a instituição financeira deve responder pelos danos decorrentes da dilapidação patrimonial da vítima. - Ultrapassando o limiar dos meros aborrecimentos não indenizáveis, ofendem direito da personalidade as retenções indevidas em conta corrente que corroem, por meses a fio, boa parte do salário da consumidora. - A indenização mede-se fundamentalmente pela extensão do dano, devendo ser observada a gravidade das lesões e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação do patamar reparatório.

Apelação cível. Ação indenizatória. Transações indevidas em conta corrente. Falha na prestação de serviços. Ausência de prova. Operações realizadas por meio de cartão magnético. Dever de guarda do consumidor. Improcedência do pedido inicial. Sentença mantida. - É dever do correntista a guarda de seu cartão magnético e do sigilo de sua senha pessoal, sendo-lhe defeso ceder o cartão a quem quer que seja, ou fornecer sua senha a terceiros. Caso contrário, responderá pelos riscos decorrentes de sua conduta. - Não havendo nos autos prova suficiente da falha na prestação dos serviços, bem como o nexo de causalidade entre a conduta da instituição financeira e os prejuízos materiais e morais suportados pela autora, há de se julgar improcedentes os pedidos iniciais (TJMG - Apelação Cível nº 1.0471.17.003833-8/001, Rel. Des. Sérgio André da Fonseca Xavier, 18ª Câmara Cível, j. em 28.05.2019, p. da súmula em 31.05.2019).

Noutro giro, ainda que o réu/apelante comprovasse a suposta fraude praticada por intermédio de terceiro, restaria caracterizada a sua responsabilidade civil objetiva, tendo em vista que a fraude, para as instituições financeiras, caracteriza-se como fortuito interno, o que não é capaz de elidir sua responsabilidade perante a autora/apelada, nos termos da Súmula nº 489 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, demonstrado o vínculo causal entre as atitudes do réu/apelante e o dano causado à autora/apelada, faz-se necessária a manutenção da sentença que condenou o réu/apelante à ressarcir a autora/apelante os prejuízos sofridos.

No tocante aos danos morais, há que se levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições do ofendido e a capacidade econômica da empresa ofensora.

Acresça-se a isso a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, deixando de corresponder à causa da indenização.

Sobre esse tema Cavalieri Filho em sua obra Programa de Responsabilidade Civil, preleciona *verbis*:

> Creio que na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes (p. 90).

Desse modo, a indenização deve ter um caráter preventivo, com a intenção de fazer com que a conduta danosa não volte a se repetir, assim como punitivo, visando à reparação pelo dano sofrido. Não deve, todavia, se transformar em objeto de enriquecimento ilícito devido à fixação de valor desproporcional para o caso concreto.

Neste sentido, já se manifestou este Tribunal de Justiça:

> Apelação cível. Ação de indenização. Golpe de "troca de cartões". Razões dissociadas dos fundamentos contidos na sentença, nos pontos em que se reconheceu a falha na prestação de serviço e danos. Inadmissibilidade dessa parte do recurso. Valor da reparação moral. Critérios de arbitramento. Manutenção. - É inadmissível a parte da apelação cujas razões são dissociadas da situação processual dos autos e da fundamentação da sentença, por não atender ao disposto no art. 1.010, II e III, do CPC/2015. - Para a fixação do valor da indenização por dano moral devem ser observados os critérios de moderação, proporcionalidade e razoabilidade em sintonia com o ato ilícito e as suas repercussões. - A reparação pecuniária não pode servir como fonte de enriquecimento do indenizado, nem consubstanciar incentivo à reincidência do responsável pela prática do ilícito (TJMG - Apelação Cível n° 1.0024.10.224849-9/002, Rel. Des. Roberto Vasconcellos, 17ª Câmara Cível, j. em 02.05.2019, p. da súmula em 14.05.2019).

Assim, levando em consideração as questões fáticas, a extensão do prejuízo, bem como a quantificação da conduta ilícita e capacidade econômica do ofensor, entendo que, no caso em concreto, a importância total de R$10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais é suficiente para reparar o dano sofrido pela autora/apelada, devendo a sentença ser reformada neste tópico.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação interposta, apenas para fixar o valor arbitrado a título de dano moral em R$10.000,00 (dez mil reais), corrigido monetariamente pelos índices da CGJ/TJMG a partir da data de publicação da sentença e acrescido de juros moratórios de 1%

(um por cento) ao mês, contados a partir do primeiro evento danoso (data da ocorrência), nos termos das Súmulas nºs 54 e 362 do Superior Tribunal de Justiça.

Diante da sucumbência mínima da autora/apelada, mantenho a distribuição dos ônus de sucumbência fixados pela sentença e condeno o réu/apelante ao pagamento das custas recursais.

Considerando que o art. 85, § 11º, do CPC, preceitua que o Tribunal, ao julgar recurso, deverá majorar os honorários advocatícios anteriormente impostos, aumento para 20% (vinte por cento) o percentual fixado na sentença.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Otávio de Abreu Portes e josé Marcos Rodrigues Vieira.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Cível - Ação de indenização por danos materiais - Bem móvel - Comodato verbal - Reintegração de posse - Retirada do bem - Autorização - Inexistência - Ressarcimento de despesas decorrentes do uso - Comodatário - Impossibilidade - Vedação legal - Destruição de estrutura integrante do imóvel cedido em comodato - Ausência de comprovação - Decote do valor.

- Bem móvel (caixa d'água de chapas de aço galvanizado) integrante de imóvel cedido em comodato que, antes da desocupação do local por força de mandado de reintegração de posse, é retirado pelo comodatário sem autorização do proprietário/comodante, enseja o dever de indenização em favor do proprietário. Além de ter que conservar a coisa como se sua fosse, o comodatário não pode pretender receber eventuais despesas incorridas com o uso e fruição do bem emprestado gratuitamente (arts. 582 e 584 do Código Civil), ainda que entenda fazer jus ao valor respectivo, deve formular eventual pretensão por meio de reconvenção. A pretensão de ressarcimento em decorrência de alegada destruição de estrutura civil (base de concreto) integrante do bem objeto do comodato exige comprovação da responsabilidade do comodatário pelo ato ilícito que, acaso não demonstrada, acarreta a negativa de reconhecimento do direito à indenização e decorrente decote do valor fixado na sentença.

Apelação Cível Nº 1.0000.19.094340-7/001 - Comarca de Montes Claros - Apelante: Elson Lopes Martins - Apelado: Linx Transportes Ltda. – Relator: Des. Octávio de Almeida Neves.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar parcial provimento ao recurso, vencido parcialmente o segundo vogal.

Belo Horizonte, 05 de novembro de 2020. - *Octávio de Almeida Neves*. – Relator.

Voto

DES. OCTÁVIO DE ALMEIDA NEVES - Trata-se de apelação, interposta por Elson Lopes Martins, contra sentença de p. 127/130 (documento único), proferida pelo MMª Juíza da 1ª Vara Cível da Comarca de Montes Claros, que, nos autos da ação de indenização por danos materiais, ajuizada por Linx Transportes Ltda., julgou o pedido parcialmente procedente, nos seguintes termos:

> [...] É cediço que para que o suposto ofendido faça jus à indenização decorrente de responsabilidade civil (subjetiva), devem ser demonstrados os elementos configuradores do ato ilícito, quais sejam, a conduta culposa, o dano e o nexo de causalidade entre este e aquela.

É o que dispõem os artigos 186 e 927, do Código Civil de 2002:

> 'Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo 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.'

Pois bem. Infere-se dos autos que a requerente pretende ser indenizada em virtude dos danos oriundos de suposta conduta ilícita perpetrada pelo réu, que teria se apropriado, indevidamente, de caixa d'água que lhe pertence.

No caso, tenho que a conduta ilícita do requerido ficou amplamente comprovada por meio do boletim de ocorrência de ID 11653918 e do depoimento pessoal registrado em ata de ID 46720800, nos quais ele reconhece ter se apropriado do bem em comento, senão, vejamos:

> '[...] Segundo versão do Sr 'Elson Lopes', diz que realmente pegou a caixa pois foi o próprio que consertou a referida caixa uma vez que estava toda danificada [...].' (ID 11653918)
>
> 'Que: confirmo, em parte, o depoimento dado junto ao Policial Militar que fez uma ocorrência e confirmo que retirei a caixa que se encontrava no imóvel localizado na Fazenda Mocambinho/Clube do DER. [...]'

Ora, mesmo que o réu tivesse realizado melhoramentos no referido bem, é inaceitável que ele se valha da autotutela - uso das próprias forças - para compensar tais investimentos, de modo que o correto seria buscar as vias adequadas para ser ressarcido por eventuais prejuízos sofridos.

Logo, a conduta do demandado é manifestamente ilícita.

Quanto aos danos enfrentados pela autora, estes são incontroversos, já que a caixa d'água integrava imóvel de sua posse/propriedade.

Desse modo, há nexo de causalidade entre a conduta ilícita praticada pelo réu e o dano enfrentado pela autora, o que gera àquele o dever de indenizar.

No tocante ao dano material, denota-se que o réu, de fato, não impugnou os valores apresentados pela requerente na peça exordial, referentes à construção da 'base civil' e da caixa d'água removida.

Contudo, diferentemente do indicado pela requerente, em sede de danos materiais, não prevalece a média orçamentária encontrada, mas, sim, o orçamento de menor valor.

Assim, com relação à base de concreto, vislumbro que o menor valor equivale a R$9.017,00 (nove mil e dezessete reais) (ID 11654115). Por sua vez, no tocante à caixa d'água, a menor quantia orçada foi de R$9.000,00 (nove mil reais).

Por conseguinte, a título de danos materiais, impõe-se o ressarcimento do montante total de R$ 18.017,00 (dezoito mil e dezessete reais).

Urge destacar, por oportuno, que os depoimentos das testemunhas arroladas pelo réu, bem como o recibo de ID 26400178, não tiveram o condão de influenciar nesta sentença, haja vista a ausência de impugnação específica, em sede de contestação, quanto ao valor dos danos enfrentados pela suplicante.

Ademais, o réu sequer apresentou pedido contraposto ou reconvencional, circunstância que vincula este Juízo ao que foi pleiteado tão somente na peça inicial, nos moldes do princípio da congruência (adstrição).

> Isto posto, na forma do art. 487, I, do CPC/15, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação, para condenar o réu a pagar à autora o valor de R$18.017,00 (dezoito mil e dezessete reais), a título de danos materiais, acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação (art. 405 do CC/02), e correção monetária, pelos índices da CGJMG, a contar da data do efetivo prejuízo - maio de 2016 - (súmula 43 do STJ).
>
> Condeno o réu, ainda, ao pagamento das custas e honorários sucumbenciais, que arbitro em 10% sobre o valor da condenação, suspendendo, entretanto, sua exigibilidade, pois defiro-lhe os benefícios da gratuidade de justiça, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC/15.

O apelante, em razões recursais de p. 137/146 (doc. único), alega que a apelada postulou danos materiais no valor indevido de R$22.673,90 (vinte e dois mil seiscentos e seiscentos e setenta e três reais e noventa centavos), sendo R$9.373,90 (nove mil trezentos e setenta e três reais e noventa centavos) relativos à necessidade de reconstrução de estrutura civil (base de concreto) e R$13.300,00 (treze mil e trezentos reais) atinentes à caixa d'água de chapas de aço galvanizado, ambos existentes em imóvel cedido em comodato ao recorrente. Afirma que, quando recebeu o imóvel a título de empréstimo gratuito, encontrou a caixa d'água em questão já destruída, sem condição de uso, tanto a estrutura, que possuía apenas algumas chapas galvanizadas e todas perfuradas, como a sua base, que não permitia a sua reutilização sem que fosse feita uma grande reforma. Aduz que reparou a base da caixa d'água e adquiriu várias chapas galvanizadas para conseguir remontar um reservatório de água no imóvel objeto do comodato, com a finalidade de molhar uma pista de *motocross*. Sustenta que, após a venda do imóvel para a autora, foram retiradas do imóvel emprestado, pelo réu/recorrente, apenas as chapas galvanizadas, alegando que estas, em sua maioria, haviam sido adquiridas pelo réu. Assevera que, na instrução do processo, a prova testemunhal produzida a requerimento do apelante confirmou as alegações de que a caixa d'água fora encontrada pelo réu sem condições de uso; que foi o recorrente, com a ajuda de amigos, quem reparou toda a estrutura da caixa d'água, incluindo a sua base; e que a retirada do bem se deu com autorização da proprietária, ora autora/recorrida. Defende que não há prova de que o réu subtraíra a caixa d'água e de que ele destruiu a base da mesma, dizendo que restou comprovado que a autora estava pretendendo limpar o imóvel para construir uma base de combustíveis, motivo pelo qual autorizou o réu a retirar a citada caixa, para depois pedir uma indenização indevida a título de danos materiais. Alega que o valor a que fora condenado é elevado, vez que se tratava de caixa d'água velha, devendo, caso o pedido não seja julgado improcedente, ser reduzido o montante da respectiva indenização. Pugna pelo provimento do recurso e pela condenação da autora/apelada por litigância de má-fé.

Recurso sem preparo.

Em contrarrazões (p. 160/163 - doc. único), a apelada, refutando a insurgência recursal, pugna pelo seu desprovimento.

É o Relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade, justificando a ausência de preparo do apelo por ser o recorrente detentor da gratuidade de justiça (p. 130 - doc. único).

A demandante/recorrida ajuizou a presente ação visando obter a condenação do demandado/recorrente no pagamento de indenização por danos materiais, consubstanciados nos valores relativos a uma caixa d'água de chapas de aço galvanizado e sua estrutura civil (base de concreto), bens esses que estavam instalados em imóvel cedido em comodato ao réu/apelante e que este, antes de desocupar o local por força de mandado originado de anterior ação de reintegração de posse movida pela apelada, teria levado consigo (a caixa d'água) e destruído (a base de concreto).

O demandado, em sede de contestação (p. 79/88 - doc. único), informou que, quando começou a utilizar o imóvel cedido a ele, encontrou a caixa d'água em questão toda destruída, sem nenhuma condição de uso, incluindo a sua estrutura, que possuía apenas algumas chapas galvanizadas e todas perfuradas, e a sua base, cujo estado de conservação não permitia a sua reutilização sem antes uma grande reforma. Desse modo, alega que reparou a base da caixa e adquiriu várias chapas galvanizadas para conseguir montar a caixa, a fim de fazer um reservatório de água para molhar uma pista de *motocross* no local, utilizada por seus amigos. Afirmou, ainda, que as chapas galvanizadas que adquiriu também são muito velhas, constantemente a caixa apresentava vazamentos e necessitava de reparos, o que sempre foi feito pelo réu/apelante. Diz que os únicos itens retirados do imóvel da autora foram as chapas galvanizadas, as quais, em sua maioria, foram adquiridas pelo réu, e um pouco de moinha de carvão que ainda havia no terreno. Finalmente, assevera que é leviana e inverídica a alegação da autora de que o recorrente retirou a caixa d'água utilizando-se de uma retroescavadeira e que destruiu a base da mesma.

Conforme se depreende do caderno processual, restou incontroverso que o réu, ora recorrente, recebeu imóvel em comodato verbal, no qual se encontravam instaladas uma caixa d'água de chapas de aço galvanizado e sua respectiva estrutura (base de concreto), imóvel posteriormente adquirido pela autora/recorrida, que decidiu denunciar o comodato havido com o apelante e, diante da sua recusa em desocupar o imóvel voluntariamente, ajuizou anterior ação de reintegração de posse, cujo pedido foi julgado procedente e com sentença transitada em julgado, que resultou na desocupação compulsória do imóvel pelo demandado, ora apelante (p. 15/31 - doc. único).

Afora isso, a retirada da caixa d'água pelo réu/apelante também ficou comprovada nos autos, inclusive por meio de declaração e reconhecimento feitos pelo próprio recorrente, consoante se extrai do boletim de ocorrência lavrado às vésperas do cumprimento do mandado de reintegração de posse (p. 32/35 - doc. único), em que consta o seguinte relato do réu

> [...] que realmente pegou a caixa pois foi o próprio que consertou a referida caixa uma vez que estava toda danificada, tendo que ser trocada várias chapas, e que não imaginou que o solicitante iria importar, mesmo porque tanto ele como o caseiro estavam na propriedade no dia que que estava consertando a caixa, que na condição que estava não servia para nada.

Igualmente, ao prestar depoimento pessoal nesses autos, o réu/apelante, além de confirmar a sua versão relatada no B.O., afirmou que (p. 115 - doc. único):

> [...] confirmo, em parte, o depoimento dado junto ao Policial Militar que fez uma ocorrência e confirmo que retirei a caixa que se encontrava no imóvel localizado na Fazenda Mocambinho/ Clube do DER. (...) Que: não foi necessária a utilização de uma retroescavadeira para a retirada da caixa. Que: eu desparafusei a caixa e eu e mais uma pessoa pegamos a caixa e colocamos no meu terreno acima de onde a caixa de encontrava. Que: embaixo da caixa tinha uma estrutura de concreto que foi refeita por mim mesmo. [...] Que: ao retirar a caixa a estrutura do imóvel ficou intacta. [...].

Verifica-se, assim, que o réu/apelante, na condição de comodatário do imóvel e três dias antes do cumprimento da reintegração de posse em seu desfavor (p. 30 e 32 - doc. único), retirou a caixa d'água existente no local por conta própria e sem autorização da proprietária, aqui autora/apelada, praticando inquestionável ato abusivo, ilegal e arbitrário.

A respeito da alegação do apelante de que a apelada havia autorizado a retirada do aludido bem móvel, além de ele não ter dito isso quando da lavratura do B.O. ou em seu depoimento pessoal realizado na instrução deste feito, não há comprovação suficiente de tal autorização por parte da proprietária/recorrida, escorando-se o recorrente, nesse sentido, apenas no depoimento de uma de suas testemunhas (p. 117 - doc. único), cujo teor, no entanto, não elide o acervo-probatório existente no processo, mormente o reconhecimento expresso do réu/apelante, no B.O. e no depoimento pessoal, de que retirou bem móvel (caixa d'água) do imóvel anteriormente cedido a ele em comodato.

Sem olvidar as alegações do apelante de que, quando passou a utilizar o imóvel, a caixa d'água em questão estava em péssimas condições e de que, por isso, reformou-a e manteve em condições de uso, apresentando um alegado recibo de compra de chapas de aço galvanizado para essa finalidade (p. 85 - doc. único), é importante ressaltar que, de acordo com a documentação relativa à ação de reintegração de posse contra ele ajuizada pela apelada (p. 15/31 - doc. único), o réu/recorrente exerceu posse sobre o imóvel onde o bem estava instalado exclusivamente na condição de comodatário e, nessa condição, é obrigado a conservar a coisa como se sua fosse. Veja-se, nesse sentido, o teor do art. 582 do Código Civil:

> Art. 582. O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.

Não bastasse isso, ao comodatário também é vedado cobrar do comodante as despesas incorridas com o uso e fruição da coisa, nos termos do art. 584 do CC: "O comodatário não poderá jamais recobrar do comodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada".

Pelo mesmo motivo e considerando que o comodatário exerce posse sem qualquer ânimo de dono, não se pode cogitar do direito de retenção por eventuais benfeitorias por ele realizadas no bem objeto do empréstimo gratuito.

A jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça corrobora esse entendimento:

> Apelação Cível. Ação reivindicatória. Objeto da retomada claramente individualizado. Prova da propriedade e posse injusta. Direito à imissão. Comodato verbal. Benfeitorias necessárias úteis. Retenção descabida. Aluguéis e despesas devidas. Danos morais. Não configuração. - Procede o pedido da Ação Reivindicatória quando individualizado o imóvel, demonstrada a propriedade pelos Autores e comprovada a posse injusta da parte Requerida. - No âmbito da Reivindicatória, o conceito de posse injusta não decorre, aprioristicamente, das previsões dos arts. 1.200 e 1.208, parte final, do Código Civil, ou seja, não se infere apenas da violência, precariedade ou clandestinidade, sendo mais amplo, para se firmar na detenção sem título de propriedade ou sem o caráter de posse direta, pelas vias adequadas, sob pena de se admitir que, não havendo comprovada má-fé do possuidor, a postulação baseada no domínio estaria irremediavelmente vedada. - Nos termos do art. 584, do Código Civil, as despesas com o uso e gozo da coisa emprestada não são passíveis de indenização ou retenção por benfeitorias. - Encerrado o comodato, por meio do recebimento de Notificação Extrajudicial, são devidos aluguéis e pagamento dos tributos e contas de consumo. - Não comprovados os atos desrespeitosos narrados na Inicial, improcede o pleito de reparação extrapatrimonial (TJMG - 17ª Câmara Cível - Apelação Cível 1.0433.15.016368-4/00, Relator Des. Roberto Vasconcellos, j. aos 11.07.2019, p. em 19.07.2019).
>
> Direito civil. Ação reivindicatória. Requisitos. Comodato. Usucapião. Benfeitorias. O êxito da ação reivindicatória depende da comprovação da propriedade da área reivindicada, da sua correta individualização e da prova da posse injusta exercida pelo réu sobre o imóvel. A posse de imóvel decorrente de comodato verbal torna-se injusta a partir da notificação judicial do possuidor para desocupá-lo. Incabível o reconhecimento de usucapião em favor daquele que possui o imóvel por força de contrato de comodato verbal. As benfeitorias feitas no interesse do comodatário confundem-se com as despesas de uso e não geram direito de retenção do imóvel e indenização. (TJMG - Apelação Cível 1.0287.06.027451-4/001, Relator Des. José Flávio de Almeida, j. em 06.04.2011, p. em 18.04.2011).
>
> Apelação. Ação de reintegração de posse. Comodato. Retenção por benfeitorias. Ausência de prova. Sentença mantida. Para o reconhecimento do direito de ser ressarcido pelas benfeitorias necessárias e/ou úteis que alega ter realizado e custeado, é necessário que o apelante comprove os melhoramentos ocorridos, a sua natureza e o respectivo valor que o pleiteante entende ser devido a título de indenização. A teor do art. 584 do Código Civil, as despesas com conservação e uso da coisa dada em comodato não são passíveis de indenização ou retenção por benfeitorias (TJMG - Apelação Cível 1.0521.06.049261-3/001, Relator Des. Rogério Medeiros, j. em 11.09.2008, p. em 10.10.2008).

Sem embargo, mesmo que hipoteticamente fosse permitido ao comodatário cobrar tais despesas na espécie, os alegados gastos com a reforma e compra de materiais para a caixa d'água, objeto retirado pelo réu, competia ao apelante utilizar-se do meio apropriado para tentar reaver os pretensos gastos, v.g. a apresentação de reconvenção, o que não se verificou nos autos.

Portanto, relativamente à condenação por danos materiais vinculados à caixa d'água retirada pelo réu/apelante, a sentença não está a merecer reparo.

Ainda, o montante a que fora o réu condenado a esse título não enseja qualquer censura, pois o Juízo *a quo*, agindo de forma acertada, utilizou como parâmetro o orçamento de menor valor (p. 39 - doc. único) dentre os três orçamentos trazidos pela autora no particular (p. 38/41 - doc. único).

Todavia, quanto aos danos decorrentes da alegada destruição da estrutura civil (base de concreto) da caixa d'água, assiste razão ao recorrente.

Examinando o conjunto probatório dos autos, seja a prova documental, seja a prova oral, não se verifica comprovação de que o réu/apelante teria destruído a referida estrutura civil da caixa d'água, como alegado, porém, não comprovado pela autora/apelada.

Não há nada a respeito de destruição de tal estrutura no B.O. (p. 32/35 - doc. único) e na documentação atinente à anterior ação de reintegração de posse (p. 15/31 - doc. único). Outrossim, as fotografias encartadas às p. 36/37 (doc. único), sem data, não demonstram ou indicam a mencionada destruição da base civil e que, se ela ocorreu, teria sido realizada pelo réu/apelante.

Ao contrário do que a autora/apelante aduziu em suas alegações finais (p. 118/119 - doc. único), não se pode presumir a culpa e a responsabilidade pela alegada destruição da referida estrutura pelo simples fato de que a caixa d'água fora retirada pelo demandado.

O ônus da prova do fato constitutivo do seu direito incumbe ao autor, nos termos do art. 373, I, do Código de Processo Civil, obrigação esta não cumprida pela autora/apelada.

Por fim, diante da inexistência de demonstração de qualquer conduta da autora/apelada que se enquadre nas hipóteses do art. 80 do CPC, não há que se falar em sua condenação por litigância de má-fé, como postulada pelo réu/apelante.

Sendo assim, a sentença merece parcial reforma, para que seja decotado da condenação o valor relativo à estrutura/base civil.

Dispositivo

Posto isso, dou parcial provimento ao recurso para, reformando parcialmente a sentença, excluir da condenação o valor relativo à estrutura/base civil (R$9.017,00), cuja responsabilidade pela alegada destruição não restou comprovada em desfavor do réu/apelante, mantendo a sentença quanto aos demais pontos.

Diante disso, é necessário remanejar a distribuição dos ônus sucumbenciais, para que cada parte seja condenada a pagar 50% (cinquenta por cento) das custas processuais (incluindo as recursais) e dos honorários advocatícios, observado o percentual e base de cálculo já fixados na sentença hostilizada.

Majoro os honorários advocatícios para 13% (treze por cento) do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. ANTÔNIO BISPO - Senhor Relator, Élson Lopes Martins recorre da decisão que o condenou à indenização por danos materiais na ação proposta por Linx Transportes Ltda.

Infere-se da leitura da inicial que a empresa autora adquiriu um imóvel que vinha sendo utilizado pelo réu e que, decorrente de uma ordem de reintegração de posse, ele teria retirado uma caixa d'água existente no imóvel, danificando a base na qual essa se assentava.

A prova dos autos é no sentido de que o imóvel de fato tinha uma caixa d'água em situação precária, a qual teria sido retirada pelo apelante, que nega ter destruído a base na qual ela se assentava.

Ao que se vê, inclusive pelo que foi pedido na inicial (uma caixa d'água nova), a autora não tem interesse na caixa velha, que se encontra depositada no imóvel ao lado do que pertence ao autor.

Por outro lado, exceto pela alegação da parte autora, não há provas de que a retirada da caixa deu-se na forma danosa apontada na inicial.

Não há sequer uma fotografia da aludida base danificada, e a testemunha ouvida declara que o representante da autora autorizou a retirada da sucata reformada pelo réu.

Há de se considerar, ainda, que o requerido ocupou o imóvel por mais de dez anos e quando ali chegou, a caixa d'água já era uma sucata, sabendo-se que uma infiltração acarreta naturais danos à estrutura de alvenaria que fica exposta à erosão e à ferrugem, de sorte que não há prova do dano, nem a deterioração do bem tem nexo de causalidade com a conduta do requerido.

Isto posto, dou provimento ao recurso, e julgo improcedentes os pedidos iniciais.

Inverto os ônus sucumbenciais.

Sessão do dia 12.03.2020:

DES. PRESIDENTE - Em razão da divergência nos votos proferidos, determino a suspensão do julgamento, para que sejam observadas as determinações do art. 942 do Código de Processo Civil.

Sessão do dia 05.11.2020:

DES. JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA - De acordo com o Relator.

JD. CONVOCADO FERRARA MARCOLINO - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO PARCIALMENTE O SEGUNDO VOGAL.

Apelação cível. Ação indenizatória. Curso superior. Defesa do trabalho de conclusão de curso. Adiamento injustificado e sem aviso prévio. Modificação da grade curricular. Falha na prestação de serviços. Ocorrência. Danos morais. Configuração. Valor. Fixação.

- 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, se sinta castigado pela ofensa que praticou, além disso, possui também caráter compensatório, para que a vítima receba valor que lhe proporcione satisfação como contrapartida do mal sofrido.

- O descumprimento contratual que é capaz de gerar dano moral é aquele ofensivo ao tributo da personalidade, em face de sua gravidade.

- O adiamento da defesa do trabalho de conclusão de curso sem aviso prévio, gerando demora excessiva na entrega de diploma, vai além do mero aborrecimento, representando dano moral.

- Se cabe ao réu a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 373, inciso II), a ausência dessa prova implica na procedência do pedido inicial.

- 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.

Apelação Cível nº 1.0000.19.126304-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Associação Unificada Paulista de Ensino Renovado Objetivo Assupero e outros, Instituto Belo Horizonte de Ensino Superior IBHES - Apelado: Thiago Ailton Gusmão Mendes. 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de agosto de 2020. - *Ramom Tácio* - Relator.

Voto

DES. RAMOM TÁCIO - Cuida-se de apelação interposta por Associação Unificada Paulista de Ensino Renovado Objetivo - Assupero e Instituto Belo Horizonte de Ensino Superior – IBHES, em face da sentença (doc. de ordem 121) proferida nos autos da ação de reparação por danos morais, ajuizada por Thiago Ailton Gusmão Mendes, na qual o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido

inicial, determinando o pagamento pelos réus/apelantes do valor de R$20.000,00 (vinte mil reais) a título de indenização por danos morais ao autor/apelado.

Os apelantes, em suas razões recursais (doc. de ordem 125), sustentam que a sentença deve ser reformada, porque o autor/apelado se manteve inadimplente por quase todo o curso.

Alegam que o estudante só conseguiu ficar regular com a situação financeira no último ano de sua graduação.

Dizem que não houve a alegada perseguição, sendo que, quando o autor estava com as pendências financeiras quitadas, a instituição de ensino não o impediu de realizar o depósito de nova monografia.

Asseveram que não realizaram conduta ilícita, razão pela qual não há que se falar em dever de pagar a pleiteada indenização por danos morais.

Pedem o provimento do recurso, para que seja julgado totalmente improcedente o pedido inicial. Subsidiariamente, pleiteiam pela redução do *quantum* indenizatório.

A parte apelada apresentou contrarrazões (doc. de ordem 130), insistindo na manutenção da sentença.

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Segundo consta da petição inicial, o autor/apelado matriculou-se no curso de graduação em Direito, ministrado nas dependências da instituição de ensino ré, alegando que foi impedido de renovar sua matrícula.

Sustenta que as rés/apelantes promoveram a alteração de sua grade curricular, com a retirada da matéria de monografia e que, com a regularização da situação mencionada, não conseguiu defender seu trabalho de conclusão de curso na data marcada, sem prévio aviso.

Alega ainda que não realizou a prova do ENADE por erro da instituição, considerando que o cadastro do aluno na referida prova é de responsabilidade da faculdade.

Em razão disso, alegou que sofreu diversos transtornos de ordem moral, considerando a conduta de perseguição adotada pelas rés/apelantes, razão pela qual pediu a sua condenação a pagar indenização por dano moral no valor de R$20.000,00 (vinte mil reais).

Na sentença, o magistrado de primeiro grau julgou procedente o pedido indenizatório, sob o fundamento de que restou caracterizada a falha na prestação de serviços dos réus/apelantes, existindo lesão aos direitos de personalidade do autor/apelado.

Inconformados, os réus/apelantes, tal como relatado.

O recurso dos apelantes não procede, porquanto a falha na prestação de serviços, reconhecida pelo magistrado de 1º grau, de fato foi suficiente para gerar dano moral.

Ora, conforme comprovado nos autos, os réus, sem justificativa, alteraram a grade curricular do autor e, após a regularização, demoraram excessivamente a liberar a defesa do trabalho de conclusão de curso do apelado, impedindo que estivesse apto a se formar e exercer o pleno exercício da atividade profissional pretendida.

Tal situação, conforme alegado, atrasou a colação de grau do autor, bem como a expedição do seu diploma.

Além disso, de acordo com a prova testemunhal produzida nos autos (doc. de ordem 108), restou comprovado que o autor/apelado foi proibido de se matricular no décimo período, bem como teve problemas na defesa de sua monografia, sendo certo que nenhum outro aluno passou por situação semelhante, veja-se:

> "[...] que a banca para defesa estava marcada para segunda feira, entretanto a banca era composta por profissionais alheios à área de direito penal; que o depoente solicitou que fosse designada nova banca composta por profissionais penalistas; [...] que, na quarta-feira, ao chegar na escola, o depoente obteve a informação de que não seria formada nova banca e que, se o depoente quisesse, poderia assinar o termo de aprovação sozinho; [...] que teve conhecimento de vários entraves impostos ao autor durante o último ano, através de relatos dele próprio; [...] que os fatos que foram narrados prejudicaram a colação de grau do autor; [...] que o autor teve nota insuficiente na banca; que a monografia do autor não foi acusada de plágio [...]" (Depoimento da testemunha Antônio Januzzi Marchi de Godoi - doc. ordem 108).
>
> "[...] que tem conhecimento que a requerida impediu o autor de fazer sua matrícula no décimo período em razão de inadimplência; [...] que também foi impedido de apresentar monografia na data previamente marcada, também em razão de inadimplência; [...] que nenhum outro aluno passou por situação semelhante; que havia outros alunos inadimplentes; que ficou muito claro para a turma que havia uma retaliação e perseguição pessoal ao autor; [...] que nunca ocorreu qualquer tipo de adaptação nas estruturas da requerida para atender às necessidades do autor; que o autor é deficiente visual; que o autor era assíduo, participativo e cumpridor dos seus deveres enquanto aluno. [...] que reitera que somente o autor foi impedido de apresentar sua monografia, muito embora houvesse outros inadimplentes; [...]" (Depoimento da testemunha Silvana Pereira da Silva - doc. de ordem 95).

O autor, inclusive, temeu por sua formação, em razão das condutas das rés/apelantes, a ponto de ajuizar demandas para cessar tais posturas (docs. de ordem 17/22).

De mais a mais, nos termos do relatório de Investigação Preliminar emitido pelo Procon, a própria instituição financeira alega que "a Coordenadora do Curso de Direito não se atentou para o fato de que o requerente havia cumprido mais de 80% (oitenta por cento) da carga horária do curso, requisito estabelecido pela Portaria Normativa nº 6 de 14.03.12", informando ainda que o autor/apelado terá constante em seu histórico escolar a menção "estudante não participante do ENADE, por ato da instituição financeira" (doc. de ordem 55).

Com efeito, as condutas indicadas na inicial por óbvio impediram o pleno exercício da atividade profissional para qual o autor/apelado se formou e, por isso, extrapola o mero aborrecimento, pois

causa, por si só, angústia, intranquilidade de espírito, mal-estar. Ora, isso é dano moral. A reparação desse dano, pois, procede, não merecendo reparos a sentença.

Assim, a parte ré/apelante deve responder pelos danos causados ao autor/apelado, em decorrência dessa falha na prestação de serviços:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> § 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
>
> I - o modo de seu fornecimento;
>
> II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
>
> III - a época em que foi fornecido.
>
> § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.
>
> § 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.

Por outro lado, não há que se falar em regularidade das condutas, porque não existe prova que o autor estava inadimplente nos períodos mencionados, bem como não há comprovação de que a instituição de ensino tem as mesmas condutas com os demais alunos inadimplentes, como alegam as rés/apelantes. Ocorre que tais provas eram imprescindíveis para que as alegações delas se sustentassem, pois inerentes à necessidade da prova do fato impeditivo do direito sustentado pelo autor. É isso o que está nas regras do CPC:

> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
>
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
>
> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Ora, se cabe ao réu a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, a ausência dessa prova implica na procedência do pedido inicial.

Nesse sentido, como ficou provada a falha na prestação dos serviços das rés/apelantes, deve ser mantida a procedência do pedido indenizatório.

Estabelecida, portanto, a responsabilidade da parte ré/apelante, em decorrência de sua falha na prestação de serviços, passo à análise da configuração do dano moral.

Como se sabe, o dano moral é o que atinge aspectos constitutivos da identidade do indivíduo, a exemplo do seu corpo, do seu nome, da sua imagem e de sua aparência, sendo a proteção da personalidade, portanto, um direito imprescindível para preservação da dignidade humana.

A indenização relacionada a ele, mesmo não tendo suficiência para apagar o abalo experimentado pela vítima, deve servir como um paliativo compensatório.

Por outro lado, o descumprimento contratual que é capaz de gerar dano moral é aquele ofensivo ao tributo da personalidade, em face de sua gravidade, como o ligado à questão de saúde ou de pessoas da família, lazer, comodidade, bem-estar, educação, projetos intelectuais, porquanto este é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando o seu patrimônio.

No caso, houve esse prejuízo extrapatrimonial ao autor/apelado. Com efeito, o fato da parte ré/apelante atrasar a defesa do trabalho de conclusão de curso do autor, bem como não o inscrever no ENADE, entre outras coisas, configuram condutas onde ausente o dever de informação, bem como com caráter discriminatório, sendo algo que extrapola o mero aborrecimento, pois causa, por si só, angústia, intranquilidade de espírito, mal-estar. Ora, isso é dano moral. A reparação desse dano, pois, procede.

Ilustrativos, aliás, são os precedentes de casos análogos que se seguem:

> Apelação cível. Ação de indenização. Contrato de prestação de serviços educacionais. Código de defesa do consumidor. Aplicação. Falha na prestação de serviços da faculdade. Verificação. Responsabilidade civil e dever de reparação da fornecedora pelos prejuízos patrimoniais e anímicos sofridos pelo aluno/consumidor. Valor da indenização por danos morais. Termo inicial dos juros de mora. Tema de ordem pública. - A Instituição de Ensino que age com falha na prestação dos seus serviços, ao deixar de observar os seus deveres de guarda de documentos e de informação apropriada, responde pelos prejuízos materiais e extrapatrimoniais causados ao aluno. - A conduta antijurídica da Faculdade, que interfere direta e indevidamente na matriz curricular do estudante, impossibilitando-o de concluir a Graduação em prazo menos dilatado, enseja dano moral. - Para a fixação do valor da indenização por lesão anímica devem ser observados os critérios de moderação, proporcionalidade e razoabilidade em sintonia com o ato ilícito e as suas repercussões. - Em se tratando de responsabilidade contratual, sobre o valor da reparação extrapatrimonial devem incidir juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação. - Por integrarem os denominados pedidos implícitos e consubstanciarem matérias de ordem pública, os consectários da condenação, bem como os critérios de sua aplicação, se submetem à modificação de ofício, sem que tal providência configure *reformatio in pejus* (TJMG - Apelação Cível n° 1.0313.12.033061-5/001, Rel. Des. Roberto Vasconcellos, 17ª Câmara Cível, j. em 17.10.2019, p. da súmula em 30.10.2019).
>
> Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Contrarrazões e apelação adesiva. Peça única. Não conhecimento. Mérito. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva. Entrega de diploma. Demora excessiva e injustificada. Dano material. Comprovação. Dano moral. Valor. Fixação. [...] - A demora excessiva e injustificada na entrega de diploma vai além do mero aborrecimento, representando dano moral. [...] (TJMG - Apelação Cível n° 1.0112.16.000261-7/001, Rel. Des. Ramom Tácio, 16ª Câmara Cível, j. em 29.08.2018, p. da súmula em 11.09.2018).
>
> Direito do consumidor, civil e processual civil. Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos materiais e morais. Apelação cível. Instituição de ensino superior. Conclusão de curso. Expedição de

> diploma. Atraso excessivo. Dano material na modalidade lucros cessantes. Caracterização. Dano moral. Configuração. Quantia indenizatória. Critérios. Data do diploma. Colação de grau. [...] O atraso excessivo, por parte da instituição de ensino ré, em proceder à entrega do documento, sem motivo justificado, caracteriza ato ilícito. Enseja, portanto, a responsabilização da parte demandada pelos danos materiais - na modalidade lucros cessantes - sofridos pelo aluno. A longa espera para o recebimento do título representa causa de frustração e angústia do discente, por acarretar, no período respectivo, a impossibilidade de fruição das prerrogativas e benefícios profissionais buscados com a matrícula e frequência ao curso, sendo devida a reparação por dano moral. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0105.12.033189-4/001, Rel. Des. Otávio Portes, 16ª Câmara Cível, j. em 09.08.2017, p. da súmula em 22.08.2017).
>
> Apelação cível. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais. Demora exagerada e injustificada na entrega de diploma de conclusão de curso superior. Dano moral. Indenização devida. Fixação. *Quantum* indenizatório. Majoração. Razoabilidade. Honorários de sucumbência. Manutenção. Juros de mora e correção monetária. Responsabilidade contratual. Termo inicial. Alteração de ofício. Sentença parcialmente reformada. - O atraso exagerado e injustificado para expedição do diploma, mormente quando configurado empecilho ao exercício profissional, enseja dano moral passível de indenização. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.12.196597-4/001, Rel. Des. José Marcos Vieira, 16ª Câmara Cível, j. em 11.11.2015, p. da súmula em 20.11.2015).

Assim, conclusivo é que houve dano moral. Vamos à fixação do *quantum* indenizatório desse dano.

Nesse caso, recomenda-se que o julgador se paute pelo juízo da equidade, levando-se em conta as circunstâncias de cada caso. Assim, como já dito, a quantificação da indenização pelo dano moral deve atender: (1) capacidade/possibilidade daquele que indeniza, pois este não pode ser conduzido à ruína, e (2) suficiência àquele que é indenizado pela satisfação obtida do valor a título de compensação pelos danos sofridos, sem que ocorra enriquecimento ilícito ou exploração do Poder Judiciário como fonte de proventos.

Veja o magistério de Maria Helena Diniz:

> Na reparação do dano moral, o magistrado deverá apelar para o que lhe parecer equitativo ou justo, agindo sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. O valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento nem mesmo ser irrisório ou simbólico. A reparação deve ser justa e digna. Portanto, ao fixar o *quantum* da indenização, o juiz não procederá a seu bel prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação (Revista Jurídica Consulex, n. 3, de 31.03.97).

No caso, considerando as circunstâncias do caso concreto e atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a indenização pedida em razão do dano moral deve ser reduzido o valor fixado em 1º grau (R$ 20.000,00 – vinte mil reais), porquanto tal valor que se encontra acima dos parâmetros fixados por esta Corte.

Desta forma, reduzo o valor dos danos morais para R$10.000,00 (dez mil reais), quantia que se adequa às já mencionadas peculiaridades do caso e se encontra dentro da média das indenizações fixadas por esta 16ª Câmara Cível em precedentes semelhantes.

A propósito, veja-se:

> Portanto, basta que se estabeleça o *quantum* indenizatório, levando-se em consideração que o valor dos danos morais deve guardar perfeita correspondência com a gravidade objetiva do fato e do seu efeito lesivo, bem assim com as condições sociais e econômicas da vítima e do autor da ofensa, revelando-se ajustada ao princípio da equidade e à orientação pretoriana segundo a qual a eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida. Assim, tenho que o valor de R$10.000,00 (dez mil reais) é suficiente para indenizar o dano sofrido sem gerar enriquecimento ilícito ao autor. Mediante tais considerações, dou provimento ao recurso para declarar inexistente o débito e condenar o requerido no pagamento de indenização por danos morais no valor de R$10.000,00 (dez mil reais), com correção monetária desde o arbitramento e juros de mora de 1% (um por cento) desde a data da negativação (TJMG - Apelação Cível nº 1.0707.15.025296-3/001, Rel. Des. Otávio Portes, 16ª Câmara Cível, j. em 16.03.2017, p. da súmula em 27.03.2017).

Com tais razões de decidir, dou parcial provimento ao recurso, para reduzir o valor da indenização a título de danos morais para R$10.000,00 (dez mil reais), corrigido monetariamente pelos índices da CGJ a partir da publicação deste acórdão e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) a.m., desde a data da citação.

Em face do parcial provimento do recurso, a condenação da autora/apelante ao pagamento de honorários e custas estabelecida na sentença fica reformada.

Assim, fica sob responsabilidade das partes, na proporção de 75% (setenta por cento) para os apelantes e 25% (vinte e cinco por cento) para o apelado, a obrigação de pagar as custas, inclusive recursais, as despesas processuais, e os honorários advocatícios, compreendidos os recursais, cuja verba honorária fixo em 20% (vinte por cento) do valor atualizado da condenação (CPC, art. 85, § 11), vedada a compensação.

Suspendo a exigibilidade de pagamento dessas custas, despesas processuais e honorários advocatícios impostos ao apelado, pois beneficiário da gratuidade judiciária (CPC, art. 98, § 3º).

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Marcos Henrique Caldeira Brant e Otávio de Abreu Portes

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Recurso de Apelação - Mandado de segurança - BHTrans - Táxi - Autorização para a utilização da pista exclusivas do MOVE - Portaria BHTrans/DPR nº 109/2018 - Exigência de convênio prévio - Ato discricionário da Administração Pública - Análise do impacto da autorização no sistema viário pelo órgão administrativo - Ausência de direito líquido e certo à extensão dos efeitos do ato administrativo a taxista autorizado por município não integrante de convênio firmado com a BHTrans - Recurso não provido.

- O ato administrativo que estabelece requisitos para a utilização da faixa exclusiva do MOVE possui natureza discricionária, razão pela qual é vedado ao Poder Judiciário imiscuir-se nos critérios de conveniência e oportunidade adotados pela Administração Pública.

- Não ostenta o impetrante o direito líquido e certo à utilização de pista exclusiva (Pista Verde), na medida em que oriundo do Município de Lagoa Santa, não integrante de convênio celebrado com a BHTrans.

- Ordem indeferida. Recurso não provido.

Apelação Cível nº 1.0000.18.128921-6/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Edilson Jose da Silva - Apelados: Diretor-Presidente da Empresa de Transportes e Trânsito De Belo Horizonte - BHTrans, Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte BHTrans. Relator: Des. Corrêa Junior.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 24 de novembro de 2020. - *Corrêa Junior*. – Relator.

Voto

DES. CORRÊA JUNIOR - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Edilson José da Silva, contra a r. sentença, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos do mandado de segurança impetrado pelo recorrente, apontando como ilegal o ato emanado do Presidente da BHTrans - Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A, então consubstanciado no não fornecimento de

autorização para a utilização da denominada "pista do MOVE" também pelos taxistas oriundos do Município de Lagoa Santa, indeferiu a ordem colimada na peça de ingresso.

Nas presentes razões recursais, alega o apelante, em síntese: que, por razões políticas partidárias e para favorecer taxistas de algumas regiões em detrimento dos taxistas de outras regiões, a BHTrans não permite que os táxis de Lagoa Santa utilizem a pista do Move; que a BHTrans celebrou convênio autorizando a transitar na pista do Move apenas os taxistas das cidades de Contagem, Ibirité, Ribeirão das Neves, Sabará e Belo Horizonte; que várias cidades importantes da região metropolitana não foram incluídas no convênio, dentre elas Lagoa Santa; que a BHTrans não firma convênio com o Município de Lagoa Santa, pois o Aeroporto de Confins não autoriza que os taxistas de Belo Horizonte, quando levam passageiros para o aeroporto, peguem passageiros no local para voltar para Belo Horizonte; que a pista do MOVE liga as cidades da região metropolitana, conforme estabelecido em lei federal, logo, deveria ser de livre acesso a todos os municípios da Grande Região Metropolitana de Belo Horizonte; que o impedimento viola também o inciso XV, do art. 5º, da Constituição Federal; que a BHTrans está favorecendo os taxistas dos municípios de Contagem, Ibirité, Ribeirão das Neves, Sabará e Belo Horizonte, com métodos coercitivos e desleais, prejudicando o impetrante e outros taxistas do Município de Lagoa Santa; que, por meio da presente impetração, apenas buscou o tratamento igualitário; que o fundamento adotado pelo d. sentenciante para o indeferimento da ordem, no sentido de não ser o impetrante autorizado perante o Município de Belo Horizonte, não possui relevância para o deslinde da controvérsia posta à apreciação, por se insurgir, justamente, contra o tratamento privilegiado despendido apenas aos taxistas dos municípios de Contagem, Ibirité, Ribeirão das Neves, Sabará, os quais, assim como o Município de Lagoa Santa, integram a região metropolitana da capital.

Nesse contexto, pugna pelo provimento do presente apelo, para reformar a decisão recorrida, a fim de que a autoridade coatora permita que o impetrante transite, na condição de taxista, da mesma forma que os demais profissionais, bem assim para que seja

> declarada a inconstitucionalidade de qualquer ato que impeça que os taxistas da região metropolitana de Belo Horizonte transitarem na pista do move, tendo em vista que tal pista tem como finalidade o transito dos cidadão que moram nas Cidades da Região Metropolitana de Belo Horizonte, e não apenas no Município de Belo Horizonte (taxistas dos municípios Lei Complementar 14 de 1973) (sic).

Contrarrazões em documento eletrônico n. 72, defendendo o acerto da sentença combatida.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, instada a se manifestar, entendeu ser desnecessária a intervenção ministerial no feito.

É o breve Relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

Afere-se dos autos que Edilson José da Silva impetrou Mandado de Segurança, em face de ato reputado ilegal praticado pelo Presidente da Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte S/A - BHTrans, ao argumento de que, em que pese ser taxista devidamente registrado junto ao

Município de Lagoa Santa, o ato hostilizado - Portaria BHTRANS/DPR nº 087/2017 - impede que utilize, em igualdade de condições com os demais taxistas da Grande Região Metropolitana de Belo Horizonte, as pistas do MOVE.

Pugnou, então, pela expedição de ordem para compelir a autoridade coatora a permitir o trânsito do impetrante pelas linhas do MOVE, com as mesmas obrigações e direitos dos demais taxistas de outros Municípios próximos à Belo Horizonte.

Consoante relatado, ao julgamento do *mandamus*, foi indeferida a pretensão exordial, contra o quê se insurge o impetrante.

Pois bem.

Inicialmente, cumpre ser afastada a pretensão apelatória, não apresentada, ademais, na instância de origem, de declaração de inconstitucionalidade do ato normativo questionado na presente via mandamental.

Consoante sabido, não se mostra possível a dedução de pedido de controle abstrato de constitucionalidade em sede de mandado de segurança, sob pena de flagrante usurpação não só da competência constitucional para a apreciação da questão, mas também da via processual própria da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Aliás, tal explanação foi lançada por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0000.18.128921-6/001, oportunidade em que, não formulado pelo impetrante o pedido em questão (declaração de inconstitucionalidade do comando normativo embasador do ato impugnado), rejeitei a prefacial de inadequação da via eleita então suscitada pela d. autoridade coatora.

Nesses termos, é certo que a formulação do presente pleito, além de caracterizar indevida inovação recursal, não se mostra cabível nesta via mandamental, conforme, inclusive, exposto no enunciado da Súmula nº 266, do Pretório Excelso: "Súmula nº 266: não cabe mandado de segurança contra lei em tese."

Passo, assim, à apreciação da controvérsia devolvida a este eg. Órgão Recursal.

E, analisando as nuances de direito circundantes à pretensão mandamental debatida, não vislumbro razões para a alteração do entendimento adotado por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0000.18.128921-6/001, no sentido da natureza discricionária do ato administrativo que estabelece requisitos para a utilização da faixa exclusiva do MOVE.

Destarte, consoante já assinalado, a pendenga instalada no feito erigiu-se em razão de não se encontrar o Município de Lagoa Santa albergado por convênio firmado com o Município de Belo Horizonte, o que, *in casu*, afasta a prerrogativa dos taxistas daquela urbe de transitar na pista exclusiva do MOVE, conforme se depreende da Portaria nº 087/2017:

> PORTARIA BHTRANS DPR Nº 087/2017 DE 05 DE OUTUBRO DE 2017
>
> Autoriza a operação do Serviço de Táxi no corredor do MOVE, na Av. Cristiano Machado.
>
> O presidente da Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A - BHTRANS, no uso das

> atribuições que lhe confere o inciso XVII, do artigo 26, e nos termos dos objetivos previstos nos incisos XIV alínea "a" e XVI, do artigo 3º, todos de seu Estatuto Social, consolidado pelo Decreto Municipal nº. 10.941/2002;
>
> Considerando o resultado positivo apurado no teste realizado conforme a portaria BHTRANS DPR nº 060/17 de 22 de junho de 2017 e tendo em vista que a circulação dos táxis na pista do MOVE não afetou o desempenho e o tempo de viagem dos ônibus e manteve as condições de segurança no corredor.
>
> RESOLVE:
>
> Art. 1º - Alterar o art. 1º da Portaria BHTRANS nº 060/17 para autorizar os veículos do Serviço Público de Transporte por Táxi, gerenciados pela BHTRANS e pelos municípios conveniados com a BHTRANS, a trafegarem pelas pistas exclusivas do MOVE da Avenida Cristiano Machado, no trecho entre o Viaduto Hélio Pelegrino e a Rua jacuí (Bairro da Graça).
>
> Art. 2º - Manter inalterados os demais artigos constantes da portaria BHTRANS DPR nº 060/17 de 22 de junho de 2017.
>
> Belo Horizonte, 05 de outubro de 2017. Celio Freitas Bouzada
>
> Presidente

Ressalte-se, ademais, que a Portaria BHTrans/DPR nº 109/2018 manteve a exigência da existência de convênio prévio, senão vejamos:

> Art. 1º - Autorizar os veículos do serviço de transporte por táxi, gerenciados pela BHTRANS e pelos municípios conveniados ou autorizados pela BHTRANS a trafegar pelas pistas exclusivas do MOVE das Avenidas Antônio Carlos e Cristiano Machado e pelas faixas exclusivas de ônibus das Avenidas Presidente Carlos Luz, Antônio Abrahão Caram e Coronel Oscar Paschoal.

Ora, conforme cediço, é vedado ao Poder Judiciário imiscuir-se na análise dos atos administrativos de natureza discricionária, a fim de proceder à análise da extensão do interesse público, sob pena de flagrante vulneração do princípio da separação e independência dos poderes.

Na hipótese dos autos, é certo que a autorização concedida para trafegar na pista exclusiva do MOVE trata-se de ato administrativo eminentemente discricionário, orientado por critérios de conveniência e oportunidade, na medida em que incumbe ao órgão trânsito municipal criado para, entre outros, a regulação do trânsito na capital mineira, analisar o impacto da autorização no sistema viário da capital.

Inexiste, portanto, o direito líquido e certo de todo e qualquer taxista da região metropolitana de obter a mesma benesse, pelo que não aproveita, *data venia*, ao impetrante a alegação de ofensa ao princípio da isonomia.

Tanto é assim que a Portaria BHTrans/DPR nº 109/2018 estabelece uma série de critérios que devem ser preenchidos pelos interessados para que possam trafegar nas pistas do MOVE, entre os quais, colham-se:

> Art. 2º - O tráfego será permitido nestas pistas e faixas exclusivas desde que sigam as seguintes normas:
>
> § 1º - Nas pistas exclusivas do MOVE e faixas exclusivas de ônibus:
>
> I - os veículos táxis devem trafegar com os faróis de luz baixa acesos e o eletrovisor ligado durante as 24 horas do dia, além de observar os limites de velocidade e demais regras de circulação;
>
> II - os veículos táxis devem fazer uso somente dos acessos às pistas exclusivas do MOVE devidamente sinalizados e das saídas não bloqueadas, mesmo que o bloqueio seja realizado com balizadores móveis.
>
> III - não serão admitidos veículos táxis com película ou tela escurecedora, refletiva ou não, bem como a utilização de cortinas, telas ou qualquer outro material que reduza a transparência das áreas envidraçadas do veículo, sendo admitida película incolor.
>
> § 2º - Os veículos táxi que transitarem nas pistas exclusivas do MOVE deverão trafegar pela faixa da direita e estar com os passageiros já embarcados, sendo expressamente proibida a operação de embarque ou desembarque ao longo das pistas.

Ademais, também não socorre ao impetrante a alegação de que a autorização deveria ter sido concedida de modo indistinto, na medida em que a Pista do MOVE liga rodovias federais.

Ora, tratando-se as faixas exclusivas para o MOVE de estruturas viárias municipais, não há que se falar em restrição indevida, pois compete, repise-se, ao município de Belo Horizonte, por meio de empresa pública criada para tal fim, analisar o efetivo impacto decorrente de eventuais concessões de utilização do leito viário.

Finalmente, restaram indemonstrados os efetivos prejuízos causados ao impetrante pela não utilização da elucidada faixa exclusiva, uma vez que, de forma inconteste, poderá exercer o serviço de transporte individual, desde que observados os requisitos específicos à atividade de taxista, nas demais faixas.

Nesse contexto, não ostenta o impetrante o direito líquido e certo à utilização de pista exclusiva (Pista Verde), na medida em que oriundo do Município de Lagoa Santa, não integrante de convênio celebrado com a BHTrans.

Conclusão

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais pelo apelante, observada a suspensão da exigibilidade.

Sem honorários recursais, por incabíveis na espécie. É como voto.

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

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

Ação originária de mandado de segurança - Concessão de adicional noturno - Secretário de estado de planejamento e gestão de minas gerais - Ilegitimidade passiva ad causam presente - Teoria da encampação - Inaplicabilidade - Modificação da competência - Processo extinto - Segurança denegada.

- Legitimado para causa é aquele que integra a lide como possível credor ou como obrigado mesmo não fazendo parte da relação jurídica material, ressalvada a legitimação ativa extraordinária.

- Segundo entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, a teoria da encampação é aplicável ao mandado de segurança tão-somente quando preenchidos os seguintes requisitos: (I) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (II) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição da República; e (III) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas.

- Portanto, não se aplica a teoria da encampação, uma vez que a presença indevida da autoridade impetrada no *mandamus* altera a competência para o julgamento da ação mandamental.

- Processo extinto sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva ad causam e segurança denegada, mediante acolhimento de preliminar.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.19.134875-4/000 - Comarca de Governador Valadares - Impetrante: Antônio Carlos Lopes da Silva - Impetrado: Secretario de Estado de Planejamento e Gestão Minas Gerais - Interessado: 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 acolher preliminar, decretar a extinção do processo e denegar a segurança.

Belo Horizonte, 4 de agosto 2020. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Voto

DES. CAETANO LEVI LOPES - O impetrante aforou esta ação de mandado de segurança contra ato do Secretário de Estado de Planejamento e Gestão do Estado de Minas Gerais, conforme emenda à petição inicial (arquivo eletrônico nº 16). Afirmou ser funcionário público efetivo ocupante do cargo de agente de segurança penitenciário e labora em regime de plantão no período noturno (das 22h às 5h). Asseverou que, por trabalhar no horário noturno, tem direito ao recebimento do

adicional respectivo, previsto no art. 7º, IX, e 39, § 3º, da Constituição da República. Pleiteou o recebimento do adicional noturno.

O Secretário de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais prestou informações no arquivo eletrônico nº 22. Deduziu preliminar de ilegitimidade passiva, ao argumento de que a competência para conceder o pagamento do adicional noturno é da Secretaria de Estado de Segurança Pública de Minas Gerais. No mérito, afirmou que, na administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo de Minas Gerais, o adicional noturno somente é devido aos funcionários ocupantes de cargo efetivo das carreiras do Grupo de Atividades de que trata a Lei estadual nº 15.462, de 2005, das carreiras de Técnico Universitário da Saúde e Analista Universitário da Saúde, de que trata a Lei estadual nº 15.463, de 2005, e ao servidor contratado nos termos da Lei estadual nº 18.185, de 2009. Acrescentou que o impetrante é agente de segurança penitenciário, carreira criada pela Lei estadual nº 14.695, de 2003, e não há documento normativo no Estado de Minas Gerais que preveja e regulamente o adicional noturno para a referida carreira.

O impetrante não se manifestou acerca da preliminar de ilegitimidade passiva, apesar de devidamente intimado, conforme comprovante de decurso de prazo.

A douta Procuradoria Geral de Justiça oficiou no feito. O Dr. Márcio Heli de Andrade emitiu o parecer no arquivo eletrônico nº 25 e opinou pela concessão da segurança.

Preliminar.

O Secretário de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais afirmou ser parte passiva ilegítima, ao argumento de que não tem competência para a prática do ato impugnado.

A parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade coatora. É o que ensina Celso Agrícola Barbi na obra,

> Quem é parte passiva no mandado de segurança - A nosso ver, a razão está com Seabra Fagundes, Castro Nunes e Temístocles Cavalcanti, a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade coatora. Como já vimos anteriormente, o ato do funcionário é ato da entidade pública a que ele se subordina. Seus efeitos se operam em relação à pessoa jurídica de direito público. E, por lei, só esta tem 'capacidade de ser parte' do nosso direito processual civil (BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*, 10 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 125).

A circunstância de a lei, em vez de falar na citação daquela pessoa, haver se referido a 'pedido de informações à autoridade coatora' significa apenas mudança de técnica, em favor da brevidade do processo: o coator é citado em juízo como 'representante' daquela pessoa, como notou Seabra Fagundes, e não como parte.

Como consequência, a condenação nas despesas judiciais é contra a entidade de direito público e não contra o coator. Vencida na causa é aquela e não este.

O impetrado é sempre quem pratica ato comissivo ou omissivo que possa lesar direito líquido e certo do administrado. E, na segunda hipótese, tenha competência legal para suprir a omissão.

O Decreto estadual nº 47.087, de 2016, que dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado de Administração Prisional, estabelece competir à Diretoria de Pagamentos, Benefícios e Vantagens a concessão de direitos e vantagens:

> Da Diretoria de Pagamentos, Benefícios e Vantagens.
>
> Art. 61. A Diretoria de Pagamentos, Benefícios e Vantagens tem como competência coordenar e executar as atividades relativas ao pagamento e à concessão de direitos e vantagens na SEAP, com atribuições de:
>
> [...]
>
> II - executar as atividades referentes a atos de admissão, concessão de direitos e vantagens, aposentadoria, desligamento e processamento da folha de pagamento e outros relacionados à administração de pessoal [...]

Acrescento que a teoria da encampação pode ser aplicada nas hipóteses em que a autoridade superior hierarquicamente não se limita a informar sua ilegitimidade passiva, mas adentra no mérito da ação, tornando-se legítima para figurar como parte passiva na demanda.

Todavia, a teoria da encampação do ato não pode ser utilizada quando implicar em modificação da competência do juízo. Acerca do tema, eis o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Ilegitimidade passiva do secretário do estado. Não incidência do art. 6º., § 3º. Da lei nº 12.016/2009. Ausência dos requisitos para aplicação da teoria da encampação. Precedente do STJ. Recurso ordinário ao qual se nega seguimento. - Para aplicar ocorrência da teoria da encampação necessita-se do preenchimento de alguns requisitos: (a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; (c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal. - Destarte, a teoria da encampação é inaplicável no caso concreto, porquanto, ainda que o Secretário de Fazenda do Estado de Goiás tivesse defendido o mérito do ato, sua indicação como autoridade coatora implica em alteração na competência jurisdicional, na medida em que compete originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de Mandado de Segurança contra Secretário de Estado, prerrogativa de foro não extensível ao servidor responsável pelo lançamento tributário ou pela expedição da certidão de regularidade fiscal. - Agravo Regimental desprovido (AgRg no RMS nº 26.738-GO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. em 28.04.2015, *DJe* de 15.05.2015).

Em caso análogo, já decidiu este Tribunal:

> Mandado de segurança. Preliminar de ilegitimidade passiva. Acolhida. Teoria da encampação. Inaplicabilidade. Segurança denegada. - Conforme, preceitua o § 3º, do art. 6º, da Lei nº 12.016/07, a autoridade coatora é aquela que efetivamente praticou o ato insurgido. - No caso em apreço, denota-se que efetivamente a Diretora de Pagamentos, Benefícios e Vantagens da Secretaria de Estado de Administração

> Prisional, a qual detém de competência para deliberar acerca da possibilidade de conceder adicional de escolaridade praticou o ato impugnado. - Para a aplicação da Teoria da Encampação é necessário o preenchimento de 03 (três) requisitos, quais sejam, existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas. - *In casu*, com a aplicabilidade da Teoria da Encampação será alterada a competência, o que prejudica a aplicação. - Segurança denegada (Mandado de Segurança nº 1.0000.17.013648-5/000, 8ª Câmara Cível, Rel.ª Desª. Ângela de Lourdes Rodrigues, j. em 19.10.2017, *DJe* de 25.10.2017).
>
> Mandado de segurança. Servidor público estadual. Agente penitenciário. Promoção por escolaridade adicional. Preliminar. Indeferimento. Ato da diretoria de pagamento, benefícios e vantagens. Ilegitimidade passiva do secretário estadual de defesa social. - Apenas o ato administrativo puro do Secretário de Estado, ou seja, inerente às suas funções, legitimaria a impetração do *mandamus*, originariamente, no Tribunal de Justiça. - Deve ser reconhecida a ilegitimidade passiva do Secretário de Estado, quando o ato dito coator é proveniente de uma das Superintendências vinculadas à sua Secretaria (Mandado de Segurança nº 1.0000.16.064604-8/000, JD Convocada Lílian Maciel Santos, 5ª Câmara Cível, j. em 09.03.0017, *DJe* de 13.03.2017).

O impetrante pretende a concessão de adicional noturno e indicou o Secretário de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais como autoridade impetrada. Todavia, a competência para a concessão do referido adicional é da Diretora de Pagamentos, Benefícios e Vantagens da Secretaria de Estado de Administração Prisional.

Anoto que, apesar de o Secretário de Estado de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais ter alegado ilegitimidade e adentrado no mérito da ação, não se aplica a teoria da encampação por implicar em modificação de competência do juízo.

Portanto, é patente a ilegitimidade passiva ad causam do impetrado, o que inviabiliza a segurança em relação a ele. Logo, a preliminar tem pertinência. Acolho-a.

Resta prejudicado o exame do mérito.

Com estes fundamentos, acolho a preliminar e declaro a ilegitimidade passiva ad causam do Secretário de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais. Em consequência, decreto a extinção do processo sem resolução do mérito nos termos do art. 485, VI, do CPC de 2015, denego a segurança com base no art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016, de 2009.

Custas pelo impetrante, observado o disposto no art. 98, § 3º, do CPC de 2015.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Afrânio Vilela, Marcelo Rodrigues, Raimundo Messias Júnior e Maria Inês Souza.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR, DECRETARAM A EXTINÇÃO DO PROCESSO E DENEGARAM A SEGURANÇA.

Cálculo de suplementação de aposentadoria - Telemar - previdência privada - Verbas remuneratórias - Reconhecimento pela justiça trabalhista - Inclusão nos cálculos de proventos de complementação de aposentadoria - Tese firmada pelo STJ em regime de julgamento de recurso especial repetitivo - Inclusão das verbas remuneratórias no cálculo do salário de participação - Previsão regulamentar - Necessidade de recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial - Liquidação de sentença.

- Nos termos da tese firmada pelo STJ, "A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria"; b) "Os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra a empresa ex-empregadora na Justiça do Trabalho".

- Nas demandas ajuizadas na Justiça comum até a data de 08.08.2018, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso (REsp nº 1312736/RS, *DJe* de 16.08.2018).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.13.377916-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Evonirde Cota - Apelado: Fundação Sistel de Seguridade Social, Fundação Atlântico de Seguridade Social e outro, Telemar Norte Leste S.A., em recuperação judicial. - Relator: DES.ª JULIANA CAMPOS HORTA.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de agosto de 2020. - *Juliana Campos Horta* - Relator.

Voto

DES.ª JULIANA CAMPOS HORTA - Examina-se apelação interposta por Evonirde Cota em desfavor da r. sentença de f. 502/507, integrada pela decisão de f. 517, proferida em ação revisional de benefício previdenciário ajuizada contra Fundação atlântico de seguridade social, fundação Sistel de Seguridade Social e Telemar Norte Leste S.A. e que reconheceu a prescrição das parcelas anteriores ao período de cinco anos do ajuizamento da ação e julgou a ação improcedente.

Sustenta a parte apelante que r. sentença reconheceu o seu direito, contudo, julgou a ação improcedente sob o fundamento de ausência do prévio custeio. No entanto, assevera que possui o direito de inclusão das verbas reconhecidas na Justiça do Trabalho em seus proventos e competem as partes res procederem ao custeio, assim, defende que a sentença deveria limitar as obrigações, de maneira a condenar a "Telemar a realizar o custeio da sua cota parte; do valor devido a autora sobre as parcelas vencidas, ser descontada sua cota parte do custeio; a Fundação Atlântico a implementar a majoração e pagar as diferenças sobre benefícios percebidos a menor".

Afirma que o STJ, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.312.736/RS, fixou a tese a respeito da inclusão de parcelas salariais deferidas na Justiça do Trabalho sobre os proventos de aposentadoria complementar, para as demandas ajuizadas até 16.08.2018, sendo esta a hipótese dos autos.

Ao final, pugna pela procedência da ação.

Contrarrazões apresentadas às f. 524/533 e 534/559, pugnando as partes rés pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminar.

Ausentes questões preliminares, passo ao exame do mérito.

Mérito.

Cinge-se a questão ao exame do direito da parte apelante à correção do benefício de suplementação de aposentadoria, com a inclusão, na base de cálculo inicial do benefício, das parcelas deferidas na ação ajuizada perante a Justiça do Trabalho, quais sejam, diferenças horas extras e seus reflexos.

Sobre o tema, já decidiu o colendo STJ mediante o julgamento de recurso especial submetido ao rito dos recursos repetitivos:

> Recurso especial repetitivo. Direito civil. Previdência privada. Verbas remuneratórias (horas extraordinárias). Reconhecimento pela justiça trabalhista. Inclusão nos cálculos de proventos de complementação de aposentadoria. Impossibilidade. Ausência de prévio custeio. Modulação de efeitos da decisão. Possibilidade de recálculo do benefício em ações já ajuizadas. Caso concreto. Recurso especial parcialmente provido. - Teses definidas para os fins do art. 1.036 do CPC/2015; a) 'A concessão do benefício de

> previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria'; b) 'Os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra a empresa ex-empregadora na Justiça do Trabalho'; c) 'Modulação dos efeitos da decisão (art. 927, § 3º, do CPC/2005): nas demandas ajuizadas na Justiça comum até a data do presente julgamento - se ainda for útil ao participante ou assistido, conforme as peculiaridades da causa -, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso'; d) 'Nas reclamações trabalhistas em que o ex-empregador tiver sido condenado a recompor a reserva matemática, e sendo inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, os valores correspondentes a tal recomposição devem ser entregues ao participante ou assistido a título de reparação, evitando-se, igualmente, o enriquecimento sem causa da entidade fechada de previdência complementar' - Caso concreto. a) Inexiste afronta ao art. 535 do CPC/1973 quando o acórdão recorrido pronuncia-se, de forma clara e suficiente, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo; b) O acórdão recorrido, ao reconhecer o direito da parte autora à inclusão no seu benefício do reflexo das verbas reconhecidas pela Justiça do Trabalho, sem o aporte correspondente, dissentiu, em parte, da orientação ora firmada. - Recurso especial parcialmente provido (REsp nº 1312736/RS, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, 2ª Seção, j. em 08.08.2018, *DJe* de 16.08.2018).

Fundamentou ainda o eminente Ministro Relator que

> Em tais circunstâncias, havendo previsão, no regulamento do plano de previdência privada, de que as parcelas de natureza remuneratória devem ser inseridas na base de cálculo das contribuições a serem recolhidas (pelo patrocinador e pelo participante) e ainda servir de parâmetro para o cálculo da renda mensal inicial do benefício de suplementação de aposentadoria, essas parcelas (horas extras), uma vez realizado o aporte correspondente, em regra deverão compor o cálculo do benefício a ser concedido.

Dessa forma, nos termos da tese firmada pelo STJ, nas demandas ajuizadas na Justiça comum até a data de 08.08.2018, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada, entretanto, à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso.

In casu, prevê o Regulamento do Plano de Benefício (Doc Ordem nº 79):

> Art. 20 - O salário-de-participação é a base mensal de incidência das contribuições do participante ao Plano em conformidade com as seguintes condições:

> I - Para o participante ativo vinculado, o total das parcelas salariais, de caráter remuneratório, que lhe forem pagas no mês pela Patrocinadora; [...] (f. 53).

No caso, o Regulamento não excluiu as verbas remuneratórias denominadas horas extras, excetuando apenas as verbas descritas no § 2º (f. 53-v.). Além disso, o Regulamento prevê de forma expressa a soma das parcelas relativas aos itens de remuneração que comporiam o salário-de-contribuição para a Previdência Social, de sorte que as horas extras constituem verbas de natureza remuneratória e compõem o salário-de-contribuição para a Previdência Social, consoante julgamento firmado pelo STJ no regime de julgamento de recurso repetitivos (Temas nº 689, 689 e 955).

Dessa forma, conclui-se que é devida a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias reconhecidas pela Justiça do Trabalho no cálculo da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria da parte autora, já que compõem o cálculo do Salário de Participação e do Salário Real de Benefício.

No entanto, para que não haja o desequilíbrio financeiro e atuarial do regime de previdência privada em questão, é necessária à prévia e integral recomposição da reserva matemática, com o aporte do valor a ser apurado por estudo atuarial em sede de liquidação, nos moldes da modulação estabelecida quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.312.736/RS.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO, para determinar o recálculo do benefício de complementação de aposentadoria da parte autora, com a incidência dos reflexos de verbas remuneratórias reconhecidas na Justiça do Trabalho, condicionando o pagamento de quaisquer diferenças ao prévio e integral restabelecimento das reservas matemáticas, por meio de aporte dos valores apurados mediante estudo técnico atuarial, a ser realização em sede de liquidação de sentença.

Condeno as partes rés no pagamento das custas e honorários advocatícios, estes arbitrados na quantia de 20% (vinte por cento) sobre o proveito econômico obtido pelo autor, já considerado os horários advocatícios recursais.

Votaram de acordo com a Relatora o Jd. Convocado Renan Chaves Carreira Machado e o Desembargador Domingos Coelho.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação indenizatória - Cancelamento de passagem aérea - Não comparecimento para embarque no primeiro trecho da viagem (no show) - Prática abusiva - Danos matérias - Comprovação - Danos morais - Fixação - Procedência dos pedidos - Recurso provido.

- Inobstante a regra contida no art. 19 da Resolução nº 400 da ANAC (de natureza administrativa), consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, configura prática abusiva o cancelamento unilateral de passagens aéreas com fundamento no não comparecimento do consumidor no momento do embargo de ida (no show).

- Incontestáveis os danos morais e matérias causados aos autores, considerando surpresa decorrente do cancelamento abusivo de seu voo de volta para a cidade de Juiz de Fora, sendo obrigados a adquirir passagens de ônibus para retornar.

- Comprovados os gastos decorrentes da aquisição de passagem de ônibus e não restituição das milhas utilizadas para emissão de passagem indevidamente cancelada, impõe-se o deferimento do pedido ressarcimento formulado na inicial.

- Em relação aos danos morais, o montante da condenação deve ser arbitrado com atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, devendo o julgador agir com moderação, levando em conta a situação econômica das partes, a extensão do dano, bem como a repercussão do ato ilícito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.20.462460-5/001 - Comarca de Palma - Apelante: Antônio de Pádua Nogueira Franco, Dalgisa de Oliveira Mattos Nogueira - Apelado: Gol Linhas Aéreas S.A., Smiles Fidelidade S.A. - Relator: JD. CONVOCADO HABIB FELIPPE JABOUR.

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, DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de agosto de 2020. - *Habib Felippe Jabour* - Relator.

Voto

JD. CONVOCADO HABIB FELIPPE JABOUR - Antônio de Pádua Nogueira Franco e Dalgisa de Oliveira Mattos Nogueira, apelam da r. sentença de Ordem 64 que, nos autos da ação indenizatória ajuizada em face de Gol Linhas Aéreas S.A. e Smiles Fidelidade S.A., julgou improcedentes os pedidos iniciais, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC/2015, e condenou-os ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios,

fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, suspensa a exigibilidade da cobrança, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC/2015.

Em suas razões recursais, à Ordem 66, sustentam os apelantes, em síntese, que: a) ajuizaram a presente ação requerendo indenização por danos morais e materiais em virtude do cancelamento indevido de suas passagens aéreas; b) efetuaram a compra delas, utilizando o programa de milhas, a ida com embarque em Juiz de Fora, no dia 19.04.2019, às 13h15min (voo 1353) para São Paulo, e volta de São Paulo, no dia 23.04.2019, às 11h35min para Juiz de Fora (voo 1352); c) decidiram adiantar a ida para São Paulo e, para não perderem a promoção do retorno, optaram por comprar outra passagem de ida, embarcando em Juiz de Fora no dia 15.04.2019 às 13h15min (voo 1353); d) no dia 20.04.2019, ao tentarem efetuar o *check-in* no site da Gol Linhas Aéreas S.A., para o retorno, o código localizador de suas passagens não fora encontrado (Código KLH1UW), sendo informados que, em virtude do não embarcarem na data de ida, seu retorno havia sido cancelado; e) decidiram retornar no mesmo dia 20.04.2019, entretanto, de ônibus, pois não tinham condições financeiras de efetuar a compra de novas passagens aéreas; f) no dia 22.04.2019, entraram em contato telefônico com a empresa Apelada, e foram informados da necessidade de pagamento da quantia de R$250,00 (duzentos e cinquenta reais) para a restituição das milhas utilizadas na compra das passagens; g) a previsão de cancelamento unilateral da passagem de volta, em razão do não comparecimento para embarque no trecho de ida (no show), configura prática rechaçada pelo Código de Defesa do Consumidor, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça; h) além da condenação ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R$20.000,00 (vinte mil reais), impõe-se a condenação das apeladas ao ressarcimento dos danos materiais, equivalente ao valor das passagens de retorno de São Paulo (R$265,30 - duzentos e sessenta e cinco reais e trinta centavos), bem assim a restituição das milhas utilizadas para a passagem de volta (4.800 - quatro mil e oitocentas milhas).

Ao final, requerem o provimento do recurso, e a procedência dos pedidos iniciais. Sem preparo, pois foi-lhes deferida a gratuidade de justiça (Ordem 64). As apeladas ofereceram contrarrazões às Ordens 70 e 71, requerendo a manutenção da sentença apelada, considerando: a) possuírem as passagens aéreas adquiridas pelo programa de milhas Smiles regras tarifárias especificas, conforme previamente informado e aceito pelos apelantes; b) ao deixar de utilizar o voo de ida por motivos pessoais, o voo de volta restou prejudicado; c) consta informação acerca da necessidade de comunicar a não utilização da ida e vontade de manutenção da volta; d) a conduta adotada se conforma à regra determinada pela Resolução nº 400/2016 da ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso. Cinge-se a controvérsia em verificar o acerto da sentença de improcedência do pedido de indenização por danos morais e materiais, decorrentes do cancelamento de passagem aérea, adquirida pelos apelantes pelo sistema de pontos de milhagem, da qual se extraem os seguintes fundamentos, *verbis*:

> Dispõe o art. 19 da Resolução 400/2016 da ANAC: 'caso o passageiro não utilize o trecho inicial nas passagens do tipo ida e volta, o transportador poderá cancelar o trecho de volta'. Por sua vez, estabelece o parágrafo único do mencionado dispositivo legal que 'não se aplica a regra do *caput* deste art., caso o passageiro informe, até o horário originalmente contratado para o trecho de ida do voo doméstico, que deseja utilizar o trecho de volta, sendo vedada a cobrança de multa contratual para essa finalidade'.
>
> O dispositivo parece-me claro.
>
> As partes requeridas demonstram que os requerentes ao contratarem o serviço, com aquisição das passagens, tiveram ciência a respeito da conduta a ser adotada no caso de não utilização do voo de ida. Ora, se a parte autora tinha conhecimento das regras e não atuou de maneira a manifestar o desejo de utilizar o voo de volta, não há como imputar às requeridas qualquer conduta ilícita a ensejar o dever de indenizar. Não se desconhece o entendimento do STJ a respeito do tema. Porém, ressalvada vênia à linha jurisprudencial oposta, não se verifica ofensa a normas consumeristas no presente caso, pois a regra estava estabelecida e era de conhecimento da parte contratante, que a não cumpriu. É razoável que se presuma a desistência do passageiro em realizar a viagem contratada (ida e volta), quando não se apresenta para o embarque inicial (no show).

Cumpre verificar, portanto, a legalidade da conduta das apeladas ao cancelar a passagem de retorno dos apelantes à Juiz de Fora, sob o pretexto de não compareceram na data do embarque (passagem de ida), e por não estar demonstrado os danos morais e materiais alegados. É este o teor do art. 19, da Resolução nº 400 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC):

> Art. 19. Caso o passageiro não utilize o trecho inicial nas passagens do tipo ida e volta, o transportador poderá cancelar o trecho de volta.
>
> Parágrafo único. Não se aplica a regra do *caput* deste art. caso o passageiro informe, até o horário originalmente contratado para o trecho de ida do voo doméstico, que deseja utilizar o trecho de volta, sendo vedada a cobrança de multa contratual para essa finalidade.

Todavia, possuindo a aludida regra natureza administrativa, é viável seu controle por parte do Poder Judiciário, em atenção ao disposto no art. art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Acerca da conduta adotada pelas apeladas, cancelamento unilateral de passagens aéreas sob o fundamento de não comparecimento do consumidor no momento do embarque de ida (no show), o Superior Tribunal de Justiça reconhece sua ilegalidade, e ofensa ao direito da personalidade do consumidor.

Nesse sentido:

> Agravo interno no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Danos morais em razão do cancelamento de voo de volta, por não utilização da passagem do trecho de ida (no show). Vulneração a direitos do consumidor. Conduta abusiva. Dano moral verificado. Agravo interno desprovido. - Por ser uma conduta abusiva, configura ato ilícito causador de danos morais o cancelamento unilateral da passagem de volta, em razão do não comparecimento para embarque no trecho de ida (no show), porquanto essa prática é rechaçada pelo Código de Defesa do Consumidor. Precedente. - Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp nº 1447599/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. em 24.06.2019, *DJe* de 27.06.2019).

Recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC/1973. Contrato de transporte aéreo de pessoas. Trechos de ida e volta adquiridos conjuntamente. Não comparecimento do passageiro para o trecho de ida (no show). Cancelamento da viagem de volta. Conduta abusiva da transportadora. Falta de razoabilidade. Ofensa ao direito de informação. Venda casada configurada. Indenização por danos morais devida. - Não há falar em ofensa ao art. 535 do CPC/1973, se a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte recorrente. - É abusiva a prática comercial consistente no cancelamento unilateral e automático de um dos trechos da passagem aérea, sob a justificativa de não ter o passageiro se apresentado para embarque no voo antecedente, por afrontar direitos básicos do consumidor, tais como a vedação ao enriquecimento ilícito, a falta de razoabilidade nas sanções impostas e, ainda, a deficiência na informação sobre os produtos e serviços prestados. - Configura-se o enriquecimento ilícito, no caso, no momento em que o consumidor, ainda que em contratação única e utilizando-se de tarifa promocional, adquire o serviço de transporte materializado em dois bilhetes de embarque autônomos e vê-se impedido de fruir um dos serviços que contratou, o voo de volta. - O cancelamento da passagem de volta pela empresa aérea significa a frustração da utilização de um serviço pelo qual o consumidor pagou, caracterizando, claramente, o cumprimento adequado do contrato por uma das partes e o inadimplemento desmotivado pela outra, não bastasse o surgimento de novo dispêndio financeiro ao consumidor, dada a necessidade de retornar a seu local de origem. - A ausência de qualquer destaque ou visibilidade, em contrato de adesão, sobre as cláusulas restritivas dos direitos do consumidor, configura afronta ao princípio da transparência (CDC, art. 4º, *caput*) e, na medida em que a ampla informação acerca das regras restritivas e sancionatórias impostas ao consumidor é desconsiderada, a cláusula que prevê o cancelamento antecipado do trecho ainda não utilizado se reveste de caráter abusivo e nulidade, com fundamento no art. 51, inciso XV, do CDC. - Constando-se o condicionamento, para a utilização do serviço, o pressuposto criado para atender apenas o interesse da fornecedora, no caso, o embarque no trecho de ida, caracteriza-se a indesejável prática de venda casada. A abusividade reside no condicionamento de manter a reserva do voo de volta ao embarque do passageiro no voo de ida. - Ainda que o valor estabelecido no preço da passagem tenha sido efetivamente promocional, a empresa aérea não pode, sob tal fundamento, impor a obrigação de utilização integral do trecho de ida para validar o de volta, pelo simples motivo de que o consumidor paga para ir e para voltar, e, porque pagou por isso, tem o direito de se valer do todo ou de apenas parte do contrato, sem que isso, por si só, possa autorizar o seu cancelamento unilateral pela empresa aérea. - Ademais, a falta de razoabilidade da prática questionada se verifica na sucessão de penalidades para uma mesma falta cometida pelo consumidor. É que o não comparecimento para embarque no primeiro voo acarreta outras penalidades, que não apenas o abusivo cancelamento do voo subsequente. - O equacionamento dos custos e riscos da fornecedora do serviço de transporte aéreo não legitima a falta de razoabilidade das prestações, tendo em vista a desigualdade evidente que existe entre as partes desse contrato, anotando-se a existência de diferença considerável entre o saneamento da empresa e o lucro excessivo, mais uma vez, às custas do consumidor vulnerável. - Constatado o ilícito, é devida a indenização por dano moral, arbitrado a partir das manifestações sobre a questão pela instância de origem. - Recurso especial a que se nega provimento. (REsp nº 1595731/RO, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 14.11.2017, *DJe* de 01.02.2018).

Logo, é imperativa a declaração de nulidade da cláusula de cancelamento da passagem de retorno em razão do não comparecimento do passageiro para embarque no primeiro trecho da viagem (no show).

Consoante disposto no art. 51, incisos IV e XV e § 1º, inciso II, do CDC, *verbis*:

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: Ver tópico (998882 documentos)
>
> IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
>
> [...]
>
> XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
>
> II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

Ademais, não isenta de responsabilidade as apeladas a aquisição das passagens através do sistema de pontos de milhagem, porquanto inalterados os deveres inerentes à prestação dos serviços, em observância ao princípio da boa-fé objetiva. Assim, está comprovada a prática abusiva por parte das apeladas e a nulidade da cláusula de previsão do cancelamento do trecho no caso de não comparecimento para o primeiro trecho da viagem (no show).

Preceitua o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor:

> 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.

No caso, incontestáveis os danos morais e materiais causados aos apelantes, pois foram surpreendidos com o cancelamento do seu voo de volta para Juiz de Fora, e obrigados a adquirir passagens de ônibus para retornar.

Em casos semelhantes, a posição deste E. Tribunal de Justiça:

> Apelações cíveis. Ação indenizatória. Danos morais e materiais. Preliminar. Ilegitimidade passiva. Mérito. Passagem aérea. No show. Cancelamento voo de retorno. Abusividade. Jurisprudência do STJ. Valor dos danos. Manutenção. Juros. Reforma parcial. - Em que pese a Resolução nº 400 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) prever em seu art. 19 que 'caso o passageiro não utilize o trecho inicial nas passagens do tipo ida e volta, o transportador poderá cancelar o trecho de volta' e o parágrafo único prever uma causa de exceção, a regra, por possuir natureza administrativa, não está isenta de controle por parte do Poder Judiciário, em razão do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. - O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a conduta de cancelamento unilateral e automático de passagens

aéreas com fundamento no "no show" causa ofensas aos direitos da personalidade do consumidor. Tal interpretação tem como base os arts. 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor que tem como alicerce os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, estabelecendo alguns exemplos de cláusulas abusivas, consideradas nulas de pleno direito em contratos de consumo. [...] - Os valores a título de danos morais deverão ser corrigidos monetariamente pelos índices da CGJ, a partir da sentença (Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça) e os juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, deverão incidir desde a data do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.20.007046-4/001, Rel. Des. Adriano de Mesquita Carneiro , 11ª Câmara Cível, j. em 04.03.2020, p. em 06.03.2020).

Ação de indenização. Transporte aéreo. Trechos de ida e volta. Permanência no trecho intermediário. No show. Trecho de volta. Cancelamento. Conduta abusiva. Dano moral. Dano material. É de todo abusiva a prática comercial consistente no cancelamento unilateral e automático do trecho de volta da passagem aérea, sob a justificativa de não ter o passageiro se apresentado para embarque no voo que o levaria até o seu destino final, tendo optado, pois, por ficar no destino intermediário do programado. Trata-se de conduta que afronta direitos básicos do consumidor, e enseja enriquecimento ilícito, contexto fático dotado de falta de razoabilidade. A prática comercial do no show é abusiva e ultrapassa o mero aborrecimento cotidiano, violando direitos ligados à tutela da dignidade humana, porquanto acarreta severas frustrações e angústias ao consumidor, o qual, sem qualquer garantia de êxito e em cidade diversa da de seu domicílio, vê-se obrigado a comprar nova passagem de volta, caracterizando-se, assim, a ocorrência de dano moral. A nova passagem de volta cuja aquisição foi forçada ao consumidor diante da prática comercial do no show constitui dano material indenizável (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.19.045843-0/001, Rel. Des. Octávio de Almeida Neves, 12ª Câmara Cível, j. em 14.08.2019, p. em 19.08.2019).

Apelação. Ação de indenização por danos materiais e morais. Aquisição de passagem aérea. Cancelamento voluntário do voo de ida. No show. Cancelamento automático e unilateral do trecho de volta. Consequência não transmitida de forma idônea ao consumidor. Fato do serviço. Dano moral configurado. Compensação. Arbitramento. Cobrança de tarifas de cancelamento e reembolso. Dever de informação cumprido. Lisura. Honorários advocatícios contratuais. Cobrança. Impossibilidade no caso concreto. - O cancelamento automático do trecho de volta em virtude da falta de comparecimento no voo de ida, não obstante o teor encampado pela Resolução nº 400/2016 da ANAC, torna a medida ilícita quando existe defeito quanto à informação de tal gravosa consequência, havendo desrespeito aos deveres anexos (à boa fé) da cooperação e lealdade. - O cancelamento do voo de volta, de forma automática, unilateral e desavisada em virtude do não comparecimento do passageiro no trecho de ida, gera prejuízo à esfera moral do consumidor. - O arbitramento do dano moral deve ser realizado com moderação, em atenção à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes. Ademais, não se pode olvidar da necessidade de desestimular o ofensor a repetir o ato. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0145.15.022569-9/001, Rel. Des. Cláudia Maia , 14ª Câmara Cível, j. em 19.04.2018, p. em 27.04.2018).

Os danos materiais restaram devidamente comprovados, através dos comprovantes de compra de duas passagens de ônibus, no valor de R$132,66 (cento e trinta e dois reais e sessenta e seis centavos) cada, totalizando R$265,32 (duzentos e sessenta e cinco reais e trinta e dois centavos).

Igualmente, razão assiste aos apelantes quanto ao reembolso das milhas não utilizadas na viagem, em razão do indevido cancelamento do trecho de volta para Juiz de Fora, cujo montante (4.800 milhas) não foi impugnado pelas apeladas.

Em relação aos danos morais, o montante da condenação deve ser arbitrado com atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e levando em conta a situação econômica das partes, a extensão do dano, bem como a repercussão do ato ilícito.

Sobre o tema, leciona Américo Luiz Martins da Silva:

> Yussef Said Cahali, por sua vez, destaca que, com efeito, a reparação que se tem em vista objetiva a concessão de um benefício pecuniário para atenuação e consolo da dor sofrida, e não para o ressarcimento de um prejuízo pela sua natureza irressarcível, ante a impossibilidade material da respectiva equivalência de valores. Acrescenta ele que, em se tratando da reparação por dano moral "a sua estimativa deverá ser feita segundo a renovação de conceitos a que precedeu nossa jurisprudência, com fundamento no art. 1.553 do Código Civil, fixando-se a reparação por arbitramento, conforme insistentemente tem proclamado o Colendo Supremo Tribunal Federal (SILVA Américo Luiz Martins da. O *dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 315).

Analisando as circunstâncias fáticas provadas nos autos, entendo razoável fixar o valor indenizatório em de R$3.500,00 (três mil reais) para cada um dos apelantes, totalizando R$7.000,00 (sete mil reais), observando seu caráter meramente compensatório ao sofrimento moral experimentado pelos ofendidos, e pedagógico, com o fim de desestimular o ofensor a repetir o ato.

Destaca-se que os apelados presumiram estar cumprindo corretamente os termos contratuais, aceitos sem ressalvas pelos apelantes, reconhecido, somente agora, nulo o tópico acima discutido.

Diante do exposto, dou PROVIMENTO AO RECURSO, para julgar procedentes os pedidos iniciais, e condenar as apeladas, solidariamente, a pagar aos apelantes: a) R$265,32 (duzentos e sessenta e cinco reais e trinta e dois centavos), acrescidos de correção monetária pelos índices divulgados pela CGJ/MG, desde o desembolso (20/04/2019), além de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação, a título de danos materiais; b) 4.800 (quatro mil e oitocentas) milhas, mediante crédito no plano de milhagem utilizado para a emissão das passagens versadas nos autos; c) R$7.000,00 (sete mil reais), acrescidos de correção monetária, a partir desta decisão (Súmula nº 362 do STJ), e de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, contados do evento danoso (Súmula nº 54 do STJ), a título de danos morais. Em razão da sucumbência, condeno as apeladas ao pagamento das custas processuais, inclusive as recursais, além de honorários advocatícios, ora fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores José Augusto Lourenço dos Santos e Juliana Campos Horta.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO

Agravo de instrumento - Recuperação judicial. Empresário rural – Processamento - Exercício da atividade rural anterior ao registro do empreendedor - Efeitos *ex tunc* da inscrição - Cômputo do período de exercício da atividade rural anterior ao registro - Entendimento do STJ - Recurso não provido.

- O produtor rural, para fazer jus à recuperação judicial com base no art. 48, da Lei nº 11.101/2005, deve apenas comprovar, no momento do pedido, que explora regularmente a atividade rural há mais de 02 (dois) anos, facultado o cômputo do período anterior ao registro, por se tratar de exercício regular da atividade empresarial. Precedente do STJ.

- O registro do empreendedor rural na condição de empresário tem o condão de equipará-lo, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro, com efeitos *ex tunc*, na medida em que a condição regular de empresário já existia antes mesmo do registro.

- Recurso não provido.

Agravo de Instrumento-CV nº 1.0000.20.468321-3/004 - Comarca de Patrocínio - Agravante: Banco Rabobank International Brasil S/A - Agravados: Marcelo Balerini de Carvalho, Montesa Agropecuária Industria, Comércio, Importação e Exportação Ltda - ME - Interessado**: Inocêncio de Paula Advogados Associados. Relator: Des. Corrêa Junior.**

Acórdão

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

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2020. - *Corrêa Junior*. – Relator.

Voto

DES. CORRÊA JUNIOR - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Banco Rabobank International Brasil S/A, contra a decisão contida no evento nº 06, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Patrocínio, que, autos de pedido de Recuperação Judicial de Montesa Agropecuária Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda - ME e Marcelo Balerini de Carvalho - Produtor Rural, deferiu o processamento da recuperação judicial e:

A) Nomeou Administrador Judicial a pessoa jurídica Inocêncio de Paula Sociedade de Advogados, a qual será devidamente representada pelo Dr. Rogeston Inocêncio de Paula (OAB/MG nr. 102.648), a qual deverá ter seu nome incluído junto aos autos, para efeito de intimação das publica-

ções, e ser convocada para firmar termo de compromisso nos autos em 48 (quarenta e oito) horas (art. 33 da Lei nº 11.101/05), caso aceite a nomeação, com imediata assunção de suas funções e deveres, observando-se as disposições previstas no art. 22, I e II, da Lei de Recuperação e Falências.

B) Determinou sejam contados em dias corridos os prazos de caráter material, em especial dos 180 (cento e oitenta) dias do *stay period* e dos 60 (sessenta) dias para a apresentação do Plano de Recuperação Judicial, sendo os demais prazos de natureza processual contados em dias úteis, por aplicação supletiva do art. 219 do CPC.

C) Ordenou a suspensão, pelo prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias corridos, contados da publicação da presente decisão, de todas as ações e execuções contra a sociedade devedora, ressalvadas as ações previstas pelo art. 6º, §§ 1º, 2º e 7º e pelo art. 49, §§ 3º e 4º, da Lei nº 11.101/2005, conforme previsto no art. 6º, § 4º c/c art. 52, inciso III, da mesma Lei, cabendo aos requerentes fazer a comunicação dessa suspensão aos juízos competentes.

D) Determinou aos devedores a apresentação do plano de recuperação no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias corridos, contados da publicação da presente decisão, sob pena de convolação em falência, na forma dos arts. 53, 71 e 73, inciso II, da Lei nº 11.101/2005.

E) Determinou aos devedores a apresentação de contas demonstrativas mensais, enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição dos seus controladores e administradores.

F) Determinou a expedição de edital, na forma do § 1º do art. 52 da Lei nº 11.101/2005, com o prazo de 15 (quinze) dias para habilitações ou divergências, que deverão ser apresentadas ao Administrador Judicial, no seu endereço acima mencionado, ou por meio do endereço eletrônico que deverá constar do edital.

G) Autorizou à Secretaria do Juízo, independentemente de despacho, a exclusão de todas as petições inseridas nos autos que contenham pedidos de divergências, habilitações e impugnações de crédito, ingressadas diretamente nos autos, no prazo previsto no art. 7º, § 1º da Lei nº 11.101/05, em razão da evidente extemporaneidade, haja vista que, nesse período, não há judicialização desses procedimentos, que são administrativos e devem ser encaminhados pelos interessados diretamente ao administrador judicial, como determinado no item anterior.

H) Determinou a expedição ao registro competente (Junta Comercial), para anotação da recuperação judicial (art. 69, § único da Lei nº 11.101/2005).

I) Deferiu o sigilo sobre a listagem dos empregados contratados e seus respectivos salários e sobre a relação de bens dos sócios, de modo que eventuais consultas ou obtenção de cópias só poderão ser fornecidas com prévia autorização judicial, excluindo-se dessa restrição o Ministério Público e o Administrador Judicial.

J) Determinou a intimação do Ministério Público e das Fazendas Públicas da União, dos Estados e Municípios, sendo que, por se tratar de processo eletrônico, fica, desde já, quando possível, autorizada a intimação via sistema das referidas Fazendas.

L) Determinou a intimação dos devedores para apresentarem relatório gerencial de fluxo de caixa e sua projeção, assinados pelo sócio e pelo contador responsável da devedora Montesa Agropecuária Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda - ME, bem como do devedor Marcelo Balerini de Carvalho, conforme preleciona a alínea "d" do inc. II do art. 51 da Lei nº 11.101/05.

M) Determinou a intimação dos devedores para apresentarem relação de Empregados do devedor Marcelo Balerini de Carvalho, conforme determina o inciso IV do art. 51 da Lei nº 11.101/05.

N) Determinou a intimação da parte requerente para que proceda à correta atribuição do valor de causa, correspondente aos créditos que pretende submeter à Recuperação Judicial, no prazo de 15 (quinze) dias, devendo ser recolhida a diferença sobre as custas processuais, conforme o caso.

Em suas razões de inconformismo, o agravante alega, em suma: que o agravado Marcelo Balerini de Carvalho tem inscrição perante a Junta Comercial do Estado de Minas Gerais desde 1994, mas realizou a alteração do objeto social do "produtor rural" às vésperas do ajuizamento do pleito recuperacional, em 27.05.2020, para a inclusão das atividades de cultivo como secundárias em seu registro de empresário; que, quando requereu a sua inscrição na JUCEMG, o agravado Marcelo o fez declarando como objeto e atividade econômica o "Depósito de Produtos Agropecuários, Defensivos, Adubos e Fertilizantes", com a inclusão, em 11 de maio de 1995, da atividade de "Benefício de Produtos"; que, em 21 de setembro de 2012, o agravado Marcelo, mais uma vez, alterou o objeto social de seu registro como empresário, que passou a ser descrito como "Armazéns Gerais e Armazenador de Sementes de Batata, Milho, Soja, Girassol e Feijão"; que o agravado não pode ser qualificado como produtor rural, uma vez que a atividade exercida como empresário individual sempre foi outra; que o agravado apenas se registrou como produtor rural com a alteração realizada, ao inserir em seu registro, como atividades secundárias, o cultivo de produtos agrícolas diversos; que, como condição precípua para o ajuizamento da Recuperação Judicial, a lei prevê que, no momento do pedido, o devedor empresário deve exercer regularmente a sua atividade há mais de 02 (dois) anos; que o Código Civil dispõe que a existência da figura do empresário é condicionada ao prévio e obrigatório registro, conforme o art. 967; que a principal atividade do agravado Marcelo é a de "armazéns gerais", objeto principal de seu registro como empresário desde a sua constituição; que a atividade rural do agravado se iniciou em 27.05.2020, por ocasião da alteração do objeto social, com o nítido e escuso objetivo de ingressar, três dias depois, com a recuperação judicial, blindando o seu patrimônio pessoal; que a decisão recorrida é equivocada, haja vista a ausência da demonstração da regularidade de exercício da atividade; que não há que se falar em legitimidade do agravado Marcelo para integrar o polo ativo da recuperação judicial; que o agravante, assim como todos os demais credores, avaliou a perspectiva dos riscos e a base objetiva e subjetiva da contratação como pessoa física não empresária; que os créditos submissos à Recuperação Judicial em questão devem ser somente aqueles constituídos pelo empresário individual, e não pela pessoa física Marcelo Balerini de Carvalho, sob pena de violar-se o princípio da segurança jurídica; que não há como se tolerar que os créditos constituídos antes do registro empresarial do agravado Marcelo como "produtor rural" submetam-se à Recuperação Judicial; que ainda não foi apresentado nenhum laudo que demonstre, de fato, o estado de crise em que os recuperandos se encontram e nem a viabilidade

de sua recuperação judicial; que o agravado Marcelo sequer se encontra em qualquer crise econômico-financeira apta a ensejar o pedido de recuperação judicial, uma vez que o prejuízo declarado em seu balanço é tão ínfimo que indica muito mais uma má-gestão do que uma crise apta a ensejar a intervenção judicial.

Nesse contexto, pugna pela concessão do efeito suspensivo ao recurso e a final reforma da decisão agravada, para que o agravado Marcelo seja excluído da lide ou o crédito do agravante seja afastado da recuperação, já que concedido à pessoa física.

Por meio de decisão fundamentada - evento nº 316 -, o presente recurso foi devidamente recebido e processado, com o indeferimento do efeito suspensivo almejado.

Devidamente intimada, a parte agravada apresentou contraminuta, pleiteando o desprovimento do recurso - evento nº 317.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, instada a se manifestar, opinou pelo não provimento do agravo de instrumento - evento nº 323.

É o breve Relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade, nos termos do Código de Processo Civil.

Afere-se dos autos que Montesa Agropecuária Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda - ME e Marcelo Balerini de Carvalho - Produtor Rural formularam o pedido de recuperação judicial.

Para tanto, alegaram que Marcelo Balerini de Carvalho exerce a atividade empresária como produtor rural desde 1989 e efetivou o seu registro perante a Junta Comercial do Estado de Minas Gerais em 1994, conforme se destaca da Certidão Simplificada de NIRE 3110613302-6, bem como da inscrição no CNPJ nº 86.481.439/0001-07.

Acrescentaram que, mesmo desenvolvendo de forma sólida as suas atividades, diversas intercorrências no cenário da economia nacional e internacional afetaram a sua solidez, criando o ambiente de dificuldade econômico-financeira transitório atualmente instalado.

Ao recebimento da inicial, o d. magistrado de primeiro grau deferiu o processamento da recuperação judicial, aos seguintes fundamentos - doc. ordem nº 46, *verbis*:

> O instituto da recuperação judicial destina-se a 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 da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, como prevê o artigo 47, da Lei nº 11.101/2005.

Para utilizar-se de tal benesse, a sociedade empresária deverá comprovar o exercício regular de suas atividades, bem como a sua capacidade técnica econômica de se reorganizar, o que se demonstra através do atendimento dos requisitos previstos nos arts. 48 e 51 da LRF.

Neste aspecto, os requerentes comprovaram o exercício regular de suas atividades há mais de 02 (dois) anos. A Requerente Montesa Agropecuária Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda - ME (CNPJ nº 66.223.488/0001-24), na qualidade de sociedade limitada, exerce suas atividades desde 1991 (ID 117910307) e o requerente Marcelo Balerini de Carvalho, na qualidade de produtor rural, por sua vez, comprova o exercício de suas atividades, como produtor rural inscrito sob o CPF nº 063.883.198-90, bem como regularmente cadastrado perante JUCEMG desde 1994 (ID 117910307). Precedentes do STJ - Recurso Especial nº 1.800.032/MT.

Através dos documentos apresentados e do breve histórico dos requerentes, observa-se que o estado de crise econômico-financeira, agravada pela pandemia do Covid-19, aparenta ser passageiro.

Assevere-se, ainda, que os requerentes têm por volta de 300 (trezentos) colaboradores diretos e dezenas de colaboradores indiretos na região da Serra do Salitre/MG, o que merece ser preservado através da manutenção da atividade empresarial, a fim de que possam continuar a cumprir a função social que lhes incube.

Ante o exposto, defiro o processamento da recuperação judicial de Montesa Agropecuária Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda - ME, inscrita no CNPJ nº 66.223.488/0001-24, com sede na Rua Nicolson Pacheco, nº 645, Sala 03, Centro, CEP 38760-000, Município de Serra do Salitre/MG e Marcelo Balerini de Carvalho, Produtor Rural inscrito no CPF sob o nº 063.883.198-90 e no CNPJ sob o nº 86.481.439/0001-07, com principal estabelecimento no Acesso à 10 Metros da Rua Nicolson Pacheco, nº 645, Galpões 01, 02, 03, 04, 05, 06 e 07, Zona Rural, CEP 38760-000.

Irresignado, o Banco Rabobank International Brasil S/A interpôs o presente agravo de instrumento.

Após a detida análise dos fatos e fundamentos contidos nos autos, não vislumbro, irradiada das provas apresentadas, a relevância das razões invocadas pela parte agravante como justificadoras da prestação jurisdicional aspirada. Senão vejamos.

O cerne da questão controvertida no feito diz respeito à aferição da possibilidade de o empresário individual rural (produtor rural) - pessoa física - requerer o benefício da recuperação judicial, ainda que não titularize a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis há mais de 02 (dois) anos da data do pedido (arts. 971, do Código Civil, e 48, *caput*, da Lei nº 11.101/2005).

Sobre o tema, tem-se que o art. 966, do Código Civil, estabelece expressamente que se considera

> "empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços", prevendo, ainda, o art. 967, do mesmo Código, que é "obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade".

Todavia, especificamente em relação ao empresário rural, o Código Civil dispôs, *in verbis*:

> Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.

> Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

Conclui-se que ao empresário rural foi conferido tratamento favorecido, visto que não está sujeito ao registro para empreender. Desse modo, o empreendedor rural, inscrito ou não, está sempre em situação regular ao exercer a atividade econômica agrícola antes de sua inscrição, por ser esta facultativa; a partir do registro, equipara-se, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

Assim, a única diferença é que o empresário rural está sujeito ao regime do próprio Código Civil, enquanto não inscrito e, após o registro, sujeita-se ao regime empresarial.

Nesse contexto, surge a discussão sobre a aplicabilidade da Lei nº 11.101/05, a qual, conforme estabelecido em seu art. 1º, disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Isso porque, nos termos do no art. 48, *caput*, da Lei nº 11.101/05, no momento do pedido da recuperação judicial, o empresário deve comprovar, entre outros requisitos, que exerce regularmente as suas atividades há mais de 02 (dois) anos. Especificamente em relação ao produtor rural, reza o art. 48, em seu § 2º, que a comprovação do referido prazo pode-se dar por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ:

> Art. 47. 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 da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.
>
> Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:
>
> [...]
>
> § 2º Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013).

Estabelecidas essas premissas e volvendo ao caso em espeque, noto que Marcelo Balerini de Carvalho - Produtor Rural (CPF nº 063.883.198- 90) ingressou em juízo pugnando pelo deferimento da sua Recuperação Judicial, ao fundamento de que exerce atividade empresária como produtor rural desde 1989.

De acordo com os documentos colacionados ao feito, verifica-se que o agravado efetivou o seu registro no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica em 03.11.2005, noticiando a abertura, em 24.06.1994, com a atividade principal de "armazéns gerais" e as atividades secundárias de cultivo de trigo, de outros cereais não especificados, de algodão herbáceo, de soja, de batata-inglesa e de feijão.

Apura-se dos autos, ainda, que, em 27.05.2020, foi registrada perante a Junta Comercial de Minas Gerais a empresa Marcelo Balerini de Carvalho-ME, sob o número 7852365, cuja atividade principal descrita foi delimitada como

> armazéns gerais e armazenador de sementes de batata, milho, soja, girassol e feijão, cultivo de café, cultivo de batata, cultivo de soja, cultivo de milho, cultivo de sorgo, cultivo de trigo, cultivo de feijão, cultivo de algodão, cultivo de sementes de soja, cultivo de sementes de feijão, cultivo de sementes de trigo.

Portanto, mesmo sem o registro perante a Junta Comercial, o agravado, na condição de produtor rural, já exercia regularmente a sua atividade profissional organizada para a produção de bens e serviços, ou seja, já era empresário regular, embora sob o regime civil, há mais de 02 (dois) anos, cumprindo o requisito temporal estabelecido no art. 48, *caput*, da Lei nº 11.101/05.

Sobre o tema, o colendo Superior Tribunal de Justiça, órgão a quem a Constituição da República conferiu o dever de dar a correta interpretação à legislação infraconstitucional, em decisão exarada no julgamento do REsp 1800032/MT, de relatoria do eminente Ministro Marco Buzzi, definiu que o produtor rural, para fazer jus à recuperação judicial, com base no art. 48, da Lei nº 11.101/2005, deve apenas comprovar, no momento do pedido, que explora regularmente a atividade rural há mais de 02 (dois) anos, facultado o cômputo do período anterior ao registro, por se tratar de exercício regular da atividade empresarial. Veja-se:

> Recurso especial. Civil e Empresarial. Empresário rural e recuperação judicial. Regularidade do exercício da atividade rural anterior ao registro do empreendedor (Código Civil, arts. 966, 967, 968, 970 e 971). Efeitos *ex tunc* da inscrição do produtor rural. Pedido de recuperação judicial (Lei 11.101/2005, art. 48). Cômputo do período de exercício da atividade rural anterior ao registro. Possibilidade. Recurso especial provido. 1 - O produtor rural, por não ser empresário sujeito a registro, está em situação regular, mesmo ao exercer atividade econômica agrícola antes de sua inscrição, por ser esta para ele facultativa. 2 - Conforme os arts. 966, 967, 968, 970 e 971 do Código Civil, com a inscrição, fica o produtor rural equiparado ao empresário comum, mas com direito a "tratamento favorecido, diferenciado e simplificado [...], quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes". 3 - Assim, os efeitos decorrentes da inscrição são distintos para as duas espécies de empresário: o sujeito a registro e o não sujeito a registro. Para o empreendedor rural, o registro, por ser facultativo, apenas o transfere do regime do Código Civil para o regime empresarial, com o efeito constitutivo de "equipará-lo, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro", sendo tal efeito constitutivo apto a retroagir (*ex tunc*), pois a condição regular de empresário já existia antes mesmo do registro. Já para o empresário comum, o registro, por ser obrigatório, somente pode operar efeitos prospectivos, *ex nunc*, pois apenas com o registro é que ingressa na regularidade e se constitui efetivamente, validamente, empresário. 4 - Após obter o registro e passar ao regime empresarial, fazendo jus a tratamento diferenciado, simplificado e favorecido quanto à inscrição e aos efeitos desta decorrentes (CC, arts. 970 e 971), adquire o produtor rural a condição de procedibilidade para requerer recuperação judicial, com base no art. 48 da Lei 11.101/2005 (LRF), bastando que comprove, no momento do pedido, que explora regularmente a atividade rural há mais de 02 (dois) anos. Pode, portanto, para perfazer o tempo exigido por lei, computar aquele período anterior ao registro, pois tratava-se, mesmo então, de exercício regular da atividade empresarial. 5 - Pelas mesmas razões, não se pode distinguir o regime jurídico aplicável às obrigações anteriores ou posteriores à inscrição do empresário rural que

> vem a pedir recuperação judicial, ficando também abrangidas na recuperação aquelas obrigações e dívidas anteriormente contraídas e ainda não adimplidas. 6 - Recurso especial provido, com deferimento do processamento da recuperação judicial dos recorrentes (REsp 1800032/MT, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 05.11.2019, DJe 10.02.2020).

Portanto, à luz do precedente supracitado, faz jus o ora agravado ao processamento de sua recuperação judicial, por ter comprovado que exerce a atividade de produtor rural pelo menos desde o ano de 2005.

Ressalta-se que o "Tribunal da Cidadania" também definiu, no bojo do julgado supracitado, que o registro do empreendedor rural na condição de empresário tem o condão de "equipará-lo, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro", gerando, portanto, efeitos retroativos (*ex tunc*), na medida em que a condição regular de empresário já existia antes mesmo do registro.

Deferido regularmente o processamento da recuperação judicial ao empresário rural, o novo status advindo do deferimento ora atacado abrange todas as obrigações contraídas, salvo aquelas legalmente excluídas do regime recuperacional, pelo que também não se mostra possível o acolhimento do pedido subsidiário formulado pelo recorrente.

Lado outro, em que pese o agravante aponte a inexistência de laudo hábil a demonstrar a efetiva situação de crise financeira alegada pelos agravados, é certo que a demanda encontra-se em fase inicial, pendente de instrução processual.

Ademais, verifica-se que o douto Juízo *a quo* já determinou a realização de perícia contábil para a constatação das atividades e da real recuperabilidade dos agravados, bem como nomeou como perita que aceitou o encargo (ID. 124413602).

Não vislumbro, portanto, com a devida vênia, elementos hábeis a desconstituir a decisão hostilizada, pelo que, sua manutenção é medida que se impõe.

Conclusão

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a decisão recorrida.

Custas recursais pelo agravante. É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Edilson Olímpio Fernandes e Sandra Fonseca.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

Apelação Cível - Ação indenizatória - Responsabilidade civil por riscos cibernéticos - Rede social - Invasão de conta efetuada por *hacker* - Exclusão das publicações antigas da titular do perfil - Ausência de pronta resolução do fato pela plataforma, para a recuperação da conta, depois de cumpridos os procedimentos administrativos necessários para tanto - Lesão extrapatrimonial - Configuração - *Quantum* reparatório - Critérios de arbitramento.

- A responsabilidade civil do provedor pela conduta dos invasores das contas dos seus usuários é objetiva, já que incumbe àquele a implantação de segurança efetiva e satisfatória contra os riscos cibernéticos do empreendimento.

- A inexistência da gestão dos riscos ocorridos no meio virtual e da adoção de mecanismos adequados fornecidos pela rede social aos seus usuários, indica postura negligente e imperita, que possibilita a atuação de *hackers* invadindo o perfil de quem utiliza a plataforma como ferramenta de trabalho, sem que haja a pronta resolução do fato, com a recuperação da conta pelo seu titular, materializando prática deflagradora de dano moral.

- No arbitramento do valor da indenização por dano moral devem ser observados os critérios de moderação, proporcionalidade e razoabilidade, em sintonia com o ato ilícito e suas repercussões, como, também, com as condições pessoais das partes e os parâmetros jurisprudenciais.

- A reparação pecuniária não pode servir como fonte de enriquecimento do indenizado, nem consubstanciar incentivo à reincidência do responsável pelo ilícito.

Apelação Cível nº 1.0000.20.476356-9/001 - Comarca de Guanhães - Apelante: Facebook Serviços Online do Brasil LTDA. - Apelado: Thassyane Gabriela de Miranda. 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 APELO.

Belo Horizzonte, 26 de novembro de 2020. - *Roberto Soares de Vasconcellos Paes* - Relator.

Voto

DES. ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES - Trata-se de apelação interposta por Facebook Serviços Online do Brasil LTDA., em razão da r. sentença, sob o cód. 87, prolatada pela MMª. Juíza da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância e da Juventude de Guanhães, que, nos autos da

Ação com Pedido de Tutela em Caráter Antecedente, ajuizada por Thassyane Gabriela de Miranda, julgou parcialmente procedentes os pleitos vestibulares, nos seguintes termos:

> Dispositivo.
>
> Isso posto, julgo parcialmente procedentes os pedidos da ação, extinguindo o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para: a) Confirmar a tutela provisória deferida através da decisão de Id 64423536, a fim de condenar a parte ré a recuperar a conta na rede social *Instagram*, denominada "thassyane miranda" ou "thassyanemiranda", ligada ao *e-mail* thassy-miranda@hotmail.com; b) Confirmar a tutela provisória deferida através da decisão de Id 64423536, a fim de condenar a parte ré a fornecer todos os dados relativos ao usuário que assumiu a conta da autora no dia 17.03.2019; c) condenar a parte ré a pagar a autora indenização por danos morais no importe de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), corrigidos monetariamente pelos índices da CGJ - MG desde a publicação da presente sentença, acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde o evento danoso (17.03.2019 - invasão da conta), nos termos da Súmula nº 43 do STJ.
>
> Em virtude da sucumbência mínima da parte autora, condeno os réus ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez porcento) do valor da condenação.
>
> Por fim, intime-se as partes quanto ao interesse de retirar os documentos originais, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias. Caso contrário, fica desde já autorizada o descarte dos aludidos documentos.
>
> Transitada em julgado e nada mais sendo requerido, arquivem-se os autos com as devidas baixas.
>
> P.R.I.C. (cód. 87).

Em seu apelo (cód. 89), o réu pugna pela reforma da sentença, argumentando que não houve conduta ilegal de sua parte, já que a invasão de perfil em rede social foi efetuada por um terceiro. Sustenta ser responsabilidade da usuária a guarda da senha cadastrada para acesso à conta registrada, defendendo a segurança da plataforma digital. Salienta fornecer mecanismos aos consumidores para a modificação do código de acesso ao perfil, quando há suspeita de ingresso irregular em conta. Defende a ausência de dano moral passível de ser indenizável, ou, caso assim não entenda esta Turma Julgadora, pede que o *quantum* reparatório seja minorado.

Contrarrazões apresentadas pela requerente sob o cód. 96, em óbvia contrariedade.

É o relatório.

Decido:

Conheço do recurso, porque próprio, tempestivo (códs. 87 a 89) e por estar devidamente preparado (códs. 93 e 94).

Extrai-se dos autos que Thassyane Gabriela de Miranda ajuizou a presente ação em desfavor do Facebook Serviços Online do Brasil LTDA. (códs. 02 e 56), alegando ser *digital influencer*, possuindo conta perante o *Instagram* desde o ano de 2015, identificada por Thassyane Miranda ou "thassyanemiranda", com foco na promoção diária de dicas de beleza, tutoriais explicativos sobre

maquiagens e *design* de sobrancelhas, captação de clientes e fechamento de parcerias, utilizando a plataforma como ferramenta de trabalho.

Ressaltou que acumulou mais de 86.000 (oitenta e seis mil) seguidores em seu perfil, com postagens que alcançavam aproximadamente 400.000 (quatrocentos mil) usuários, e mais de 2.000.000 (dois milhões) de "impressões" (quantidade de visualizações de uma postagem).

Afirmou que, no dia 17.03.2019, a sua conta foi automaticamente desconectada, sendo que, ao tentar efetuar novo ingresso ao *Instagram*, foi surpreendida com a mensagem de que o seu *e-mail* de acesso e senha estavam incorretos.

Noticiou que, no mesmo momento, vários de seus seguidores lhe informaram, por *Whatsapp*, que o seu perfil havia sido alterado, assim como o nome do seu usuário, e que em seus *stories* apareciam mensagens na língua inglesa, com menção à palavra *hacker*.

Asseverou que, com a invasão, a demandante perdeu mais de 10.000 (dez mil) seguidores, além do acesso ao seu perfil, bem como todas as suas publicações de trabalho foram apagadas.

Ponderou que tentou obter solução administrativa acerca do ocorrido, sem, contudo, lograr êxito, havendo alcançado uma resposta da plataforma, em língua desconhecida.

Salientou que houve falha na prestação de serviços do réu, que é titular da plataforma *Instagram*, haja vista que a quebra no sistema de segurança do demandado fez com que os dados e a privacidade da autora fossem violados.

Em sede de tutela de urgência, a postulante pleiteou que o requerido fosse compelido a recuperar a sua conta, mediante a disponibilização de novo *login* e senha de acesso, com o fornecimento dos dados do *hacker*.

Ao final, no mérito, pugnou para que fossem julgados procedentes os seus pedidos iniciais, com a confirmação da tutela provisória e a condenação do recorrente ao pagamento de indenização por danos morais em favor da autora (cód. 02 e 56).

Ao sentenciar o feito (cód. 87), sob os fundamentos de que houve defeito na prestação dos serviços desempenhados pelo réu, em razão da vulnerabilidade na segurança das suas operações virtuais, ocasionando danos morais à sua usuária, que, inclusive, tentou resolver administrativamente a recuperação e reativação da conta, sem, contudo, obter êxito, a MMª. Juíza julgou parcialmente procedentes os pleitos vestibulares, para confirmar a tutela de urgência deferida e condenar o requerido ao pagamento de indenização por danos morais em favor da demandante, no importe de R$5.000,00 (quinze mil reais), corrigido monetariamente pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça deste eg. Tribunal, acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde o evento danoso (17.03.2019).

A requerente não apresentou recurso, resignando-se com o inteiro teor da r. decisão de primeiro grau.

Por sua vez, neste apelo (cód. 89), o postulado sustenta que o fato ocorrido se trata de uma invasão feita por um terceiro, o que afasta a sua responsabilidade civil no caso. Dessa forma, pretende que

seja afastada a sua condenação ao pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais, ou, caso assim não entenda esta Turma, que haja a redução do *quantum* reparatório.

No caso, aplica-se 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.

Aliás, como bem consignou a em. Ministra Nancy Andrighi, ao julgar o REsp n° 1.193.764/SP, do qual foi relatora, "o fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo 'mediante remuneração' contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor (STJ - Terceira Turma, *DJe* de 08.08.2011).

Na espécie, não subsiste dúvida acerca do alto ganho indireto do *Facebook*, por meio do *Instagram*, em razão da crescente e enorme quantidade de acessos de usuários na plataforma (art. 375 do CPC), fato que, por si só, gera o interesse dos anunciantes, os quais, por sua vez, remuneram o provedor, efetuam propagandas (*posts* patrocinados) e, até mesmo, a venda de produtos.

O serviço oferecido pelo postulado que, em um primeiro momento, aparenta ser gratuito, portanto, aufere ganho monetário indireto com a própria presença dos usuários na rede.

No caso dos autos, a relação consumerista é ainda mais clarividente, pelo fato de a conta pertencente à autora ser utilizada para fins mercantis, conforme asseverado na exordial (cód. 02) e não impugnado pelo réu (cód. 64), havendo a demandante comprovado efetuar gastos mensais de, aproximadamente, R$3.000,00 (três mil reais) com a plataforma, para a alavancagem de suas postagens (cód. 13).

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 (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".

Como relatado, na exordial (códs. 02 e 56), a postulante, que se autodenomina *digital influencer*, afirmou que, em 17.03.2019, a conta que mantém perante a rede social *Instagram*, de titularidade do réu, com mais de 86.000 (oitenta e seis mil) seguidores, utilizada como ferramenta de trabalho, foi invadida por um *hacker*, que modificou o nome do seu usuário naquela plataforma, apagou todas as suas publicações e efetuou vários *stories* na língua inglesa, noticiando que aquele perfil havia sido "hackeado". A autora ainda alegou que tentou resolver administrativamente a questão, para que sua conta fosse recuperada e o seu perfil se reativasse, sem, contudo, obter êxito.

Para comprovar os fatos constitutivos do seu direito (art. 373, I, do CPC), a demandante acostou aos autos as cópias de matérias noticiando a compra do *Instagram* pelo "Facebook" (códs. 06 a 09); *print* do seu perfil naquela rede social, evidenciando possuir mais de 86.000 (oitenta e seis mil) seguidores e ser uma *digital influencer* do ramo de maquiagens (cód. 10); parcerias feitas com marcas para divulgações de produtos (cód. 11); gastos realizados para impulsionar a visualização das postagens perante aquela plataforma (cód. 13); recebimento de várias mensagens de seguidores e amigos, por *Whatsapp*, informando sobre a invasão (cód. 16); nome de alguns dos *usernames* utilizados pelo *hacker* em seu perfil, bem como postagens propagando a invasão (cód. 17); resposta do sítio eletrônico, em língua desconhecida pela autora, esclarecendo os procedimentos a serem adotados para a recuperação da conta (cód. 19); Boletim de Ocorrência, narrando o ocorrido (cód. 20).

No documento colacionado sob o cód. 20, é noticiada a ausência de resolução da controvérsia pelo *Instagram*, bem como o desagravo moral sofrido pela demandante, que ficou à mercê das postagens de um desconhecido em sua rede social, perdeu seguidores e não conseguiu manter contato com os seus contratantes. Confira-se:

> Compareceu nesta UP a Sra. Thassyane, informando que, na data descrita neste REDS, por volta das 20 horas, tentou acessar sua página na rede social *Instagram*, não logrando êxito. Informou que tal perfil

> tem o fim comercial, pois a mesma é maquiadora profissional e utiliza tal rede para divulgação de seus trabalhos bem como contatos com clientes.
>
> Certificou que a referida conta em rede social havia sido invadida por *hacker*, não sabendo informar quem poderia ser tal indivíduo, que após tomar ciência destes fatos, chegou a fazer contato com o suporte técnico da rede social *Instagram*, porém até o presente momento sem nenhum retorno.
>
> Informou também que teve seu *e-mail* pessoal (thassy-miranda@hotmail.com) hackeado pelo mesmo indivíduo, o que vem lhe causando transtornos em seu trabalho.
>
> Que tais ações vem lhe prejudicando no andamento de seu trabalho, visto que não consegue acessar seu perfil para manter contato com seus clientes, gerando prejuízo financeiro e também psicológico, visto que tem trabalhos agendados para serem realizados e não consegue entrar em contato com os clientes, gerando, assim, enorme estresse (cód. 20).

Ainda, sem êxito, a autora tentou solucionar administrativamente o ocorrido, havendo enviado diversos *e-mail*s à plataforma digital, inclusive efetuando os procedimentos recomendados pela rede social, estando dentre esses o envio de fotografia de si própria, segurando um papel com um código fornecido pelo *Instagram* (cód. 77).

Registro que remanesceu inconteste que a invasão em questão foi feita por um *hacker* (códs. 02, 17, 56, 64 e 89), havendo o demandado apenas defendido a inexistência de sua culpa pelo ocorrido, sustentando oferecer um serviço seguro pelo *Instagram*, bem como alegando ser de responsabilidade da usuária a guarda da senha cadastrada para acesso à conta registrada.

Contudo, em que pesem as alegações do postulado, a gestão dos riscos cibernéticos - nesses se incluindo os ataques feitos por *hackers* - deve ser parte da estratégia das empresas.

Como bem esclarece o Diretor de *Ciber Risk* da Delloite Brasil, Eder Abreu, "no mundo corporativo existem dois tipos de empresas: Aquelas que já sofreram um ataque cibernético, mesmo que não saibam, e aquelas que ainda passarão por isso. De acordo com uma pesquisa conduzida pela Deloitte, chamada 'Tendências em Gestão de Riscos Cibernéticos e Segurança da Informação na América Latina e Caribe', quatro de cada dez organizações participantes sofreram um incidente de segurança cibernética nos últimos 24 (vinte e quatro) meses. Ainda, 70% (setenta porcento) das corporações afirmam não ter certeza da eficácia de seu processo de resposta diante de incidentes de segurança cibernética, enquanto apenas 3% (três porcento) realizam simulações para testar suas capacidades efetivas de resposta diante de um ataque digital" (https://epocanegocios.globo.com/colunas/noticia/2019/08/gestao-dos-riscos-ciberneticos-deve-ser-parte-da-estrategia-das-empresas.html).

Portanto, "diante dessas ameaças reais do mundo digital, seria importante que as empresas se unissem a seus pares na indústria por um bem maior: proteger o mercado de ataques cibernéticos cada vez mais sofisticados. Atualmente, apenas 30% (trinta porcento) compartilham informações de ameaças. Seria uma prática estratégica que fortaleceria toda a cadeia. [...] Sendo assim, o caminho para se adaptar aos riscos cibernéticos deve começar a ser trilhado a partir da conscientização dos níveis executivos da organização sobre as ameaças do novo ambiente digital de negócios. É imperativo que os investimentos sejam destinados não somente à implantação de medidas de proteção,

mas também à melhoria das capacidades de monitoramento e resposta. Para alcançarem um novo patamar em sua área de gestão de riscos cibernéticos e segurança da informação, as empresas precisarão se capacitar em quatro componentes centrais e estratégicos: governança, segurança, vigilância e resiliência. E suas habilidades deverão refletir não apenas sobre o que acontece da porta para dentro; precisarão entender em profundidade as ameaças que afetam as organizações em geral - e seu setor de atuação em especial - com o objetivo de obter informações que sejam relevantes e que agreguem no processo de prevenção e monitoramento" (*Ibid.*).

No caso, justamente por ser uma plataforma digital, com atuação mundial há mais de dez anos, com cerca de um bilhão de usuários (art. 375 do CPC), é imperioso que o *Instagram* possua uma qualificada gestão dos riscos cibernéticos e envide grande esforço na prevenção de ataques a perfis dos seus usuários, oferecendo toda a segurança necessária à utilização do seu serviço, para que não ocorram fatos semelhantes ao narrado nos autos, e, ainda, se promova medidas eficazes e céleres na recuperação e reativação das contas "hackeadas".

Ao demais, convém ressaltar que, em seu art. 5º, inciso X, a Constituição Federal estabelece como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, como se vê a seguir:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Esses direitos são aqueles inerentes à pessoa humana e se caracterizam por serem intransmissíveis, irrenunciáveis e não sofrerem limitação voluntária, salvo restritas exceções legais (CC, art. 11).

Embora não enumerados taxativamente na legislação civil, eles são identificados em disposições do Código Civil, a propósito das seguintes considerações doutrinárias:

> Direitos da Personalidade: Para Goffredo Telles Jr., os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação ou honra, a imagem, a privacidade, a autoria etc. Apesar de grande importância dos direitos da personalidade, o novo Código Civil, no capítulo a eles dedicado, pouco desenvolveu a temática, embora tenha tido por objetivo primordial a preservação do respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos protegidos constitucionalmente, como se pode ver nos arts. 948 e 951, relativos ao direito à vida, nos arts. 949 a 950, concernentes à integridade física e psíquica, no art. 953, alusivo ao direito à honra, e no art. 954, sobre a liberdade pessoal. Não quis assumir o risco de uma enumeração taxativa, prevendo em poucas normas a proteção de certos direitos inerentes ao ser humano, talvez para que haja, posteriormente, diante do seu caráter ilimitado, desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário e regulamentação por normas especiais (FIÚZA, Ricardo (coord.). Novo Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 23).

Como conceituado por Hermano Durval:

> Direito à imagem é a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, etc.) ou moral (aura, fama, reputação, etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebê) no mundo exterior (Direito à imagem. São Paulo: Saraiva, 1988. p.105).

Sérgio Cavalieri Filho observa que "a imagem é um bem personalíssimo, emanação de uma pessoa, por meio da qual se projeta, identifica e individualiza no meio social. É o sinal sensível de sua personalidade, destacável do corpo e suscetível de representação por múltiplos processos, tais como pinturas, esculturas, desenhos cartazes, fotografias, filmes" (Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 100).

Ao comentarem o dispositivo constitucional transcrito, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins asseveram:

> [...] na época atual, as teleobjetivas, assim como os aparelhos eletrônicos de ausculta, tornam muito facilmente devassável a vida íntima das pessoas. É certo que esta intimidade já se encontra protegida em uma série de direitos individuais do tipo inviolabilidade de domicílio, sigilo de correspondência etc.
>
> Sem embargo disto, sentiu-se a necessidade de proteger especificamente a imagem das pessoas, a sua vida privada, a sua intimidade.
>
> Podemos dizer que o direito à imagem consiste no direito de ninguém ver o seu retrato exposto em público sem o seu consentimento.
>
> Pode-se ainda acrescentar uma outra modalidade deste direito, consistente em não ser a sua imagem distorcida por um processo malévolo de montagem (Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 2. p. 62).

Do magistério de Aguiar Dias se apreende que a imagem ora representa a materialidade da figura humana, ora o que constitui o conceito de respeitabilidade perante a sociedade (O Direito à Imagem e à Intimidade. ADV/Coad, Seleções Jurídicas, 03/94, pp. 11 e segs.).

O ilustrado jurista ensina que a pessoa pode excluir qualquer intervenção, por mínima que seja, na esfera zelosa da sua intimidade, mesmo no que respeita ao direito de disposição da própria imagem, que lhe é expressamente reservado. Adverte que retratar uma pessoa pode constituir ilícito civil e, segundo as suas circunstâncias, até se converter em delito penal, quando presentes elementos de maior ilicitude, em razão dos quais a lesão transborde do campo do prejuízo simples, entendido como ato contra direito, para a esfera da lesão específica, considerada como "atentado à honorabilidade da pessoa cuja imagem é desairosamente reproduzida".

Sobre o direito à imagem, Carlos Alberto Bittar leciona:

> Ora, em razão desse direito, nenhuma pessoa, ou entidade, pode, sem autorização do interessado, tomar fotografia sua, ou qualquer forma de reprodução de efígie, sob pena de violação e sancionamento

> civil em razão da própria essência deste direito, como bem anota Adriano de Cupis: "Com a violação ao direito à imagem, o corpo, e as suas funções, não sofrem alteração; mas verifica-se relativamente à pessoa, uma mudança da discrição de que ela estava possuída, e também uma modificação de caráter moral (a circunspecção, ou reserva, ou discrição pessoal). [...] A necessidade de proteger a pessoa contra a arbitrária difusão da sua imagem deriva de uma exigência individualista, segundo a qual a pessoa deve ser árbitro de consentir ou não na reprodução das suas próprias feições: o sentido cioso da própria individualidade cria uma exigência de circunspecção, de reserva. A referida necessidade tornou-se mais forte com os progressos técnicos, ao permitiram o emprego do processo fotográfico, o qual facilita muito a reprodução"
>
> [...] Aliás, a preocupação é extensível a todos os meios de comunicação, dado o respectivo espectro, exigindo-se sempre a prévia obtenção - e expressa - do consentimento do interessado, para que possa exercer os seus direitos, inclusive de não permitir o uso que lhe não convenha (Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 61/62).

Ainda, Aguiar Dias destaca:

> Podemos afirmar que o direito à imagem e à intimidade representa, como qualquer outro direito fundamental, uma conquista social que guarda, em relação ao direito de expressão, pelos diversos meios em que se manifesta e que se desenvolve interminavelmente, um confronto submetido à eminente dignidade da pessoa humana, fiel do equilíbrio entre os interesses à procura de proteção dos direitos e garantia da paz.

A propósito do direito à honra - que se inclui entre as prerrogativas constitucionais inerentes à personalidade - extrai-se da doutrina a conceituação:

Conceitua-se direito à honra aquele que tem toda pessoa a ser respeitada perante si mesma e perante os outros. A honra apresenta, portanto, dupla face: a subjetiva - a autoestima, o amor próprio, o apreço que o ser humano possui por si mesmo, a qualidade moral da alma ou do ser que a si se vê; e a objetiva - materializada no interesse de toda pessoa pelo prestígio, reputação e bom nome, a qualidade moral do ser como é visto (MENDES, Gilmar Ferreira *et al*, (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 579).

Ao demais, no âmbito da rede mundial de computadores, anoto que a Lei nº 12.965/14 - denominada "Marco Civil da Internet" - tem como fundamento os direitos humanos e o desenvolvimento da personalidade, o que não destoa das disposições constitucionais. Vejamos:

> Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:
>
> I - o reconhecimento da escala mundial da rede;
>
> II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;
>
> III - a pluralidade e a diversidade;

> IV - a abertura e a colaboração;
>
> V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
>
> VI - a finalidade social da rede.

Como se não bastasse, realço que as diretrizes acima destacadas são igualmente tratadas na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018, alterada pela Lei nº 13.853/2019), cuja vigência ocorreu posteriormente aos fatos narrados, mas deve ser mencionada a título de ilustração, corroborando o entendimento acima exarado. Confira-se:

> Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
>
> I - o respeito à privacidade;
>
> II - a autodeterminação informativa;
>
> III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
>
> IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
>
> V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
>
> VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
>
> VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

O Princípio da dignidade da pessoa humana, mencionado na Doutrina transcrita, está destacado nos arts. 1º, III, e 170, *caput*, da Constituição Federal, e 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A dignidade da pessoa constitui valor inerente à própria natureza humana e deve receber proteção incondicional do Estado, por ser anterior ao direito e à própria sociedade.

Fábio Konder Comparato salienta a "idéia de que o princípio do tratamento da pessoa como um fim em si implica não só o dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também o dever positivo de obrar no sentido de favorecer a felicidade alheia", por constituir "a melhor justificativa do reconhecimento, a par dos direitos e liberdades individuais, também dos direitos humanos [...]". Adverte que "a dignidade da pessoa humana não pode ser reduzida à condição de puro conceito" (A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 24 e 229).

No cotejo de direitos que recebem especial proteção na Constituição, é válida a observação extraída da doutrina de Daniel Sarmento, no sentido de que "nenhuma ponderação pode implicar em amesquinhamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último desta ordem" (A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 76).

Destarte, por força dos avançados recursos tecnológicos de que se servem os cidadãos em geral, notadamente quanto à facilidade de captação e de difusão de informações e de reproduções visuais

de objetos e pessoas, a proteção da honra e da imagem assumiu posição de destaque no âmbito dos direitos da personalidade.

Mudado o que deve ser mudado, sobre o dano moral por meio de redes sociais a terceiros, como o *Instagram*, o *Facebook* e o *Orkut*, mencionado em seu ensaio jurídico, Fernando Antonio Rodrigues ressalta que:

> [...] foi um espaço criado com o intuito de proporcionar a seus usuários relações sociais em um meio virtual, o que permite que pessoas se conheçam, se relacionem e troquem informações em tempo real, mesmo estando extremamente distantes umas das outras. No entanto, como esse espaço proporcionou a seus usuários a facilidade de se expressarem livremente, muitas vezes o mesmo oportunizou o cometimento de inúmeros danos morais.
>
> Basta visitar o site por um pequeno período de tempo e é possível encontrar comunidades virtuais com nomes diretamente ofensivos a pessoas determinadas. Não são raras as notícias cujo assunto principal é o cometimento de danos morais utilizando a internet. A Revista Veja (LIMA; FIGUEIREDO, 2010, p. 98-102), em reportagem denominada "A tecnologia a serviço dos brutos", em que enfatiza as constantes práticas de dano moral por meio de sites de relacionamentos, publicou o depoimento de algumas jovens, vítimas de ofensas no *Orkut* [...].
>
> Nos casos de dano moral cometido por meio do site de relacionamentos *Orkut*, facilmente verifica-se a presença do elemento culpa, quando determinada pessoa, utilizando-se do meio virtual, insere conteúdo ofensivo a outra. (A responsabilidade civil pelo dano moral causa do por meio do site de relacionamentos *Orkut*. Ensaio Jurídico, Patos de Minas, v. 2, p. 41-57, 2011. Disponível em: https://silo.tips/download/a-responsabilidade-civil-pelo-dano-moral-causado-por-meio-do-site-de-relacioname#.)

Embora não me haja passado despercebido que o recorrente tente imputar à demandante a culpa por aquela invasão, ao argumento de que a recorrida não observou o dever de guarda da sua senha, do exame do conjunto probatório não há como afastar a responsabilidade civil da apelante.

É que, com a sua defesa, o réu não apresentou nenhum documento que corroborasse a sua tese, sendo certo que, intimado para a especificação de provas, o apelante pautou pelo julgamento antecipado da lide (cód. 83).

Ao demais, os papéis colacionados pela autora sob os códs. 08 a 20 e 77, que confirmam as afirmações exordiais, inclusive no sentido de que a plataforma não viabilizou administrativamente a recuperação da conta do *Instagram*, mesmo depois de efetuados todos os procedimentos recomendados para tanto, não foram objetivamente impugnadas pelo demandado.

Enfatizo que, embora o réu tente atribuir à postulante a responsabilidade pelos eventos discorridos na exordial, o requerido não questionou a ocorrência daqueles fatos, que remanesceram, portanto, incontroversos, à vista dos conteúdos dos arts. 336 e 341, do CPC/2015:

> Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

> [...]
>
> Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se:
>
> I - não for admissível, a seu respeito, a confissão;
>
> II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato;
>
> III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.
>
> Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.

Não desconheço que, para o usuário possuir acesso à conta do *Instagram*, de forma a efetuar publicações de fotografias e vídeos, bem como interagir com outros participantes, é necessária a consecução de procedimentos de segurança, inclusive a digitação de código de caráter sigiloso, de conhecimento exclusivo do consumidor, que fora criado por ele.

Entretanto, o postulado não fez prova na direção de que a demandante agiu com negligência quanto à guarda de seus dados pessoais, não havendo dúvida de que o seu perfil foi invadido por um *hacker*, o que denota a falha na segurança e da gestão dos riscos cibernéticos do provedor do apelante, não sendo tomadas as providências necessárias para a célere e eficaz reativação da usuária, circunstância que não isenta o requerido de responsabilidade, em razão do defeito na prestação do seu serviço.

Enfatizo que, ao disponibilizarem a utilização da rede social por qualquer indivíduo, mediante a utilização da *web*, a empresa deve prover mecanismos imprescindíveis e inerentes à segurança das suas atividades, para evitar episódios da espécie tratada nos autos.

Contudo, caso ocorram, é objetiva a responsabilidade civil do provedor, pela conduta do *hacker*, já que, se repita, incumbe àquele a implantação de segurança efetiva e satisfatória contra os riscos cibernéticos do seu empreendimento.

Filio-me à tese mencionada pelo Advogado Alexandro Santana Neves:

> "os provedores de sites de relacionamento, em qualquer situação, são responsáveis pelos danos causados a terceiros, independentemente da análise do elemento culpa, ou seja, tem-se, portanto, a configuração da responsabilidade civil objetiva.
>
> [...] Extrai-se que o fornecedor de serviço, independentemente de culpa, se responsabilizará pela reparação os danos causados a seus usuários/consumidores, tendo em vista que a atividade desenvolvida, em virtude de sua natureza, oferece riscos a direitos de terceiros. Assim, os seguidores da corrente sob análise defendem a aplicação da Teoria do risco, nos casos de danos praticados nas redomas das redes sociais.
>
> Em sua veneranda obra, fazendo uso das palavras do inigualável doutrinador Carlos Alberto Bittar, Maria Helena Diniz afirma que teoria do risco pode ser delineada como:
>
> "A responsabilidade, fundada no risco, consiste, portanto, na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre

> o comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta de seu causador" (DINIZ, 2010, p.53).
>
> Em sentido semelhante, o professor Paulo Nader [...] obtempera:
>
> "A teoria do risco favorece o equilíbrio social, a equidade nas relações. Não visa a excluir a culpa como critério básico da responsabilidade civil; cumpre uma função de justiça para a qual a teoria subjetiva se mostra impotente. Na ordem jurídica, a teoria subjetiva e a objetiva se complementam, favorecendo a distribuição da justiça nas relações sociais" (NADER, 2010, p.34).
>
> Os conceitos de teoria do risco e de responsabilidade civil objetiva, [...] se confundem nas doutrinas, dadas as similitudes dos institutos, contudo, percebe-se que a segunda é um consectário lógico da aplicação da primeira.
>
> Trazendo a aplicação da referida teoria para a pertinência temática do presente trabalho, tem-se a responsabilização dos provedores de informação, que são os administradores das páginas de relacionamento, em razão da própria atividade que exercem. Entende a corrente, que a atividade dos provedores engloba o risco da ocorrência de ilícitos em seus sites, especialmente os ilícitos geradores de dano moral. A esse respeito, as nobres juristas Catarinenses, manifestaram-se favoravelmente à sua aplicação, que, por seu rigor sóbrio de linguagem, merece transcrição literal:
>
> "Dessa forma, os expoentes da teoria em questão defendem que a teoria do risco é perfeitamente aplicável ao caso em epígrafe. Segundo essa corrente, os provedores praticam atividade de risco, pois disponibilizam, no espaço cibernético, um serviço com ausência de dispositivos de segurança e controle mínimos. Ademais, viabilizam a livre postagem de mensagens sem sequer ter a certeza da veracidade da identidade do usuário" (NEDEL; SCHVARCZ, 2011, p.7).

Deste modo, cumpre ressaltar que se trata de responsabilidade por ato de terceiro, ou seja, o provedor do site de relacionamento será responsabilizado pela conduta praticado por um usuário infrator, mesmo que não tenha realizado qualquer ato ilícito. Trata-se, pois, de uma responsabilidade indireta.

Nesta linha, colaciona-se, a exemplo, a decisão proferida pela Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

> Ação de Obrigação de Fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais. Site de relacionamento *Orkut*. Comunidade ilustrada com foto da autora e referindo-se à indústria pornográfica. Prestação de serviços mediante remuneração indireta. Relação de consumo configurada. Responsabilidade objetiva com base na teoria do risco. Aplicabilidade da legislação consumerista. Conduta negligente e omissiva da empresa ré. Dano moral configurado. Sentença que condenou a ré condenada ao pagamento de indenização por danos morais em R$ 10.000,00 (dez mil reais). A prova dos autos mostra-se suficiente para comprovação dos danos sofridos pela demandante. A responsabilidade da ré encontra-se não pela criação do perfil, mas pela sua manutenção na rede. Incumbia à ré a implantação de sistemas de segurança, máxime diante da utilização de palavras altamente ofensivas e de baixo calão, facilmente identificadas na rede. A responsabilidade civil objetiva com base na Teoria do Risco do Empreendimento leva o empreendedor a ter de suportar os danos morais sofridos pelo consumidor, isto porque o nexo

> causal encontra-se inegavelmente vinculado à má prestação de serviço da empresa. Montante indenizatório fixado de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo ser mantido. Recursos conhecidos e improvidos (Apelação Cível n.° 2009.001.42715. Rel. JDS Des. Antônio Iloízio Barros Bastos, j.em 22.09.2009).

Apropositadamente:

> Recurso inominado. Ação de obrigação de fazer. Residual. Facebook. Autora que trabalha como influenciadora digital. Rede social invadida por *hackers*. Desídia do Facebook demonstrada. Vulnerabilidade do sistema. Investimento publicitário comprovado. Restituição dos danos materiais. Devida. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso conhecido e desprovido. (TJPR - Processo nº 0024947-94.2019.8.16.0014, Relª. Fernanda de Quadros Jorgensen Geronasso, 5ª Turma Recursal dos Juizados Especiais, j. em 19.06.2020).
>
> Apelação Cível. Ação de indenização por danos morais. Invasão do perfil do Orkut por *h*acker incluindo informações pejorativas e de cunho sexual. Menor. Defeito no serviço. Dano moral. Requisitos presentes. Condenação. Fixação do *quantum* indenizatório. Prudente arbítrio. - Se a autora, menor impúbere, teve seu perfil do *Orkut* invadido por hacker que inseriu informações pejorativas e de cunho sexual, resta evidente o defeito no serviço, tendo em vista a falta de segurança do site. Provados os requisitos ensejadores do dever indenizatório, impõe-se essa obrigação. A fixação do *quantum* indenizatório 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 (TJMG - Apelação nº 0117372-50.2011.8.13.0194, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Pedro Bernardes, *DJe* de 17.02.2014).

No caso, os danos morais se verificaram *in re ipsa*, ou seja, decorreram da força dos próprios acontecimentos, sendo inegável que a postura negligente e imperita adotada pelo demandado gerou à requerente, que é *digital influencer* (cód. 10) e utiliza a plataforma digital como ferramenta de trabalho e se viu privada de realizar as suas publicações de foto e vídeo, cumprir os contratos e parcerias firmados com empresas, além de ter todas as suas fotos apagadas, perda de seguidores e postagens feitas por um invasor, sem conseguir reativar a sua conta, mesmo realizando todos os procedimentos administrativos necessários para tanto, desconforto e angústia, sendo certo que, de acordo com as regras de experiência comum, tais fatos causam transtorno e constrangimento a qualquer pessoa de bem (art. 375, do CPC).

Consoante, Carlos Roberto Gonçalves leciona: "dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação" (Direito Civil Brasileiro. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.359).

É manifesto, pois, o ilícito perpetrado pelo réu, que deflagrou lesão anímica à postulante, passível de reparação, não se tratando de mero dissabor da vida cotidiana, mas de prejuízo à rotina, ao cotidiano e à tranquilidade 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 86.271/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. em 10.11.1997, *DJ* de 09.12.1997, p. 64684).

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. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/4445. Acesso em: 22 out. 2014).

Acrescento, para ilustrar, 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.

Apropositadamente:

> 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 idéia 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 https://www.portaldomarketing.com.br/Artigos/maslow.htm).

Não há dúvida de que o ilícito verificado no feito confere à autora o direito à reparação por danos morais, porquanto o réu contribuiu para a violação da sua intimidade, vida privada, honra e imagem, direitos assegurados pelo art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, com evidente frustração das necessidades humanas enfatizadas.

Aliás, "sobrevindo em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização" (RSTJ 34/284).

Quanto à fixação do valor, Maria Helena Diniz esclarece que, na avaliação do dano moral, o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do

prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Acrescenta que, na reparação do dano moral, o Juiz determina por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência. 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 moral 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", número 09, Janeiro/Fevereiro de 1996, pp. 7/14).

Da doutrina de Caio Mário Da Silva Pereira consta 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 (Da Responsabilidade Civil, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 317-318).

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).

Saliente-se, ainda, que 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, cidadã integrada à sociedade onde vive, a autora foi indevidamente exposta aos efeitos nocivos da postura antijurídica adotada pelo réu, que afetou, de forma inexorável, o seu patrimônio moral.

De outro lado, o apelante é pessoa jurídica que possui 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 a condição da vítima, especialmente quanto à repercussão do ilícito em seu patrimônio de valor ideal, interfere diretamente na análise da extensão do dano extrapatrimonial, porquanto,

associada aos outros elementos do processo, revela o grau de violação do direito personalíssimo da lesada, 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 do 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 inexeqüível (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 (Curso de direito do consumidor. 2ª. 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 à ofendida e de desestímulo ao ofensor.

Enfim, no arbitramento da indenização devem ser apreciados 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 valor indenizatório assegurado judicialmente não pode ser irrisório, sob pena de não cumprir a sua função compensatória ou atenuante do ultraje experimentado pela lesada.

Nesse rumo, atentando-se aos citados critérios de proporcionalidade e razoabilidade em sintonia com o ato ilícito e as suas repercussões e, ainda, levando-se em conta o caráter pedagógico da medida, bem como a ausência de resolução administrativa da recuperação da conta da demandante, utilizada por ela como ferramenta de trabalho, tenho que a indenização moral deve ser mantida em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), importe que não se mostra elevado e atinge a sua finalidade reparatória.

Mudado o que deve ser mudado, o julgado é apropositado:

> Nulidade. Cerceamento de defesa. Pretendida realização de perícia técnica. Dilação probatória que não se faz necessária ante os elementos dos autos suficientes à solução da lide. Possibilidade do juiz dispensar a produção de provas. Preliminar afastada. Indicada violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. "Decisão surpresa" não caracterizada. Partes que tiveram oportunidade de se manifestar sobre todas as questões de fato e de direito relevantes à causa. Preliminar afastada. Obrigação de fazer. Prove-

> dora de aplicações. Conta de *e-mail* invadida por *hacker* e excluída - [...]. Indenização. [...]. Demonstrada, por outro lado, a conduta omissiva da ré no que diz respeito à segurança da conta de *e-mail*, a qual foi excluída devido ao ataque *hacker*. Danos morais configurados. Indenização fixada em R$15.000,00 (quinze mil reais). *Quantum* arbitrado que atende às finalidades compensatória e pedagógica. Sucumbência. Configurada a sucumbência parcial e recíproca, à luz do art. 86 do Código de Processo Civil. Honorários advocatícios fixados com base no valor atribuído à causa. Inconformismo da ré, porquanto alega que o fornecimento de dados de usuários somente é possível mediante determinação judicial. Verificada a resistência da ré ao cumprimento da liminar concedida, com a interposição de Agravo de Instrumento. Princípio da causalidade. Ademais, a fixação dos honorários advocatícios sobre o valor da causa resultaria quantia excessiva. Observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, evitando-se, assim, o enriquecimento sem causa do profissional da advocacia. Entretanto, havendo condenação pecuniária, a porcentagem da honorária sucumbencial, arbitrada em 20% (vinte por cento), deverá recair sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil. Pedido da ré parcialmente acolhido por fundamento diverso. Dos recursos, parcialmente provido o da ré e não provido o do autor (TJSC - RI: 03201126120178240038 Joinville 0320112-61.2017.8.24.0038, Terceira Turma Recursal, Rel. Alexandre Morais da Rosa, j. em 03.06.2020).

Sobre o *quantum* indenizatório deve incidir correção monetária, pelos índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça, a partir da publicação da sentença, em atenção ao teor da Súmula n° 362, do STJ:

> Súmula n° 362, do STJ: A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

Ao valor da condenação serão acrescidos juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir do evento danoso, por se tratar de responsabilidade extracontratual (STJ - Enunciado de Súmula n° 54).

Dispositivo.

Com essas razões de decidir, nego provimento ao recurso, mantendo integralmente a r. sentença.

Como consectário, imponho ao requerido o dever de arcar com as custas processuais, inclusive recursais, e com a verba honorária em favor do Advogado do postulante, que, com fulcro no art. 85, §§ 2º e 11, do CPC/2015, majoro para a importância correspondente a 20% (vinte por cento) do montante atribuído à condenação.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Amauri Pinto Ferreira e baeta Neves

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação - União estável - Alimentos - Ex-cônjuge - Obrigação de pagamento de pensão alimentícia - Exceção - Capacidade de prover o próprio sustento - Comprovação - Improcedência do pedido - Honorários advocatícios - Fixação sobre o valor da causa.

- O art. 1.695, do CC garante aos cônjuges/companheiros o direito de pleitear alimentos, um em face do outro, desde que haja indícios suficientes da necessidade dos alimentos e da incapacidade de mantença pelos próprios meios.

- Ao contrário do entendimento aplicável aos filhos menores, cuja necessidade é presumida, quanto aos alimentos devidos a ex-cônjuge, deve restar comprovado nos autos, de forma indubitável, a impossibilidade do alimentado de prover o próprio sustento, tal como preconiza o art. 1.695, do CC, sendo tal obrigação, portanto, excepcional, sob pena de se tornar abusiva ou incentivadora do ócio.

- Restando comprovado nos autos que o ex-cônjuge possui meios de suprir a própria subsistência, estando, portanto, demonstrada a sua capacidade, deve ser reconhecida a improcedência do pedido de fixação de pensão alimentícia.

- Não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a verba honorária deve ser fixada nos moldes da parte final do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, ou seja, sobre o valor da causa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.20.485111-7/001 - Comarca de Iturama - Apelante: Salete Olímpia dos Reis Silva - Apelado: José Alves Rezende Filho - 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de dezembro de 2020. - *Maurício Soares* - Relator.

Voto

DES. MAURÍCIO SOARES - Trata-se de apelação, interposta por S. O. R. S. contra a sentença de Ordem 51, proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância e da Juventude da Comarca de Iturama, nos autos da ação de reconhecimento e dissolução de união estável c.c. partilha e bens e alimentos ajuizada em desfavor de J.A.R.F.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar a existência de união estável entre as partes, no período compreendido entre outubro de 1989 a janeiro de 2017, determinando que os bens adquiridos na constância da união sejam partilhados na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada convivente, com apuração em sede de liquidação. Decaídas as partes em su-

cumbência recíproca, arcarão em partes equivalentes com o pagamento das custas judiciais e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios do patrono da parte contrária, no valor de R$500,00 (quinhentos reais). Suspendeu a exigibilidade de tais verbas em relação a autora, em face da gratuidade da justiça deferida.

Nas razões recursais de Ordem 53 sustenta a apelante que restou comprovado nos autos que era convivente com o requerido e que com ele trabalhava nas atividades rurais e domésticas, bem como que quando da saída do lar conjugal, que era em propriedade rural, levou consigo apenas os pertences pessoais, sem qualquer renda.

Alega que a renda de sua sobrevivência era proveniente da atividade desenvolvida pelas partes em uma pequena propriedade rural, com a atividade de pecuária, como venda de leite, fato também comprovados nos autos.

Afirma que conviveu quase 30 (trinta) anos com o requerido, sempre residindo em uma propriedade rural, trabalhando nas lidas rurais e domésticas, possui mais de 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, sendo lógico que não tem qualquer escolaridade ou capacidade para trabalhar, fazendo jus aos alimentos pleiteados.

Destaca que restou comprovado nos autos que o requerido, com a atividade da pecuária, tem uma remuneração mensal de R$6.000,00 (seis mil reais), bem como que era o responsável pelo sustento da família, eis que apenas trabalhava dentro de casa auxiliando o requerido em suas tarefas rurais diárias e fazendo a manutenção da casa, não possuindo assim nenhuma renda.

Conclui que é irretorquível a necessidade de auferir alimentos do requerido para prover a sua própria manutenção, sem que haja decaimento profundo no padrão de vida.

Argumenta que ao condenar o requerido no pagamento dos honorários advocatícios, em apenas R$500,00 (quinhentos reais) , além de causar graves prejuízos ao patrono da causa, desrespeita o art. 85, § 2º, do NCPC.

Aduz que o trabalho na presente demanda implica em rebuscamento de legislações, doutrinas e jurisprudências, sem levar em conta o período que o profissional se dedica no andamento do processo, devendo receber honorários compatíveis com o desempenho desse mister, entre o mínimo 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) do valor atualizado da causa.

Requer a reforma da sentença, para que sejam deferidos alimentos em seu favor equivalente a um salário mínimo mensal ou 30% (trinta por cento) do rendimento líquido do requerido, bem como para determinar a fixação dos honorários em favor do seu advogado, em 20% (vinte por cento) do valor da causa.

Contrarrazões à Ordem 62.

É o relatório.

A apelante se insurge contra a improcedência do pedido de alimentos, argumentando que não possui condições de manter o próprio sustento.

Com efeito, do dever de mútua assistência que é ínsito ao casamento e à união estável exsurge o direito dos cônjuges e companheiros de pleitear alimentos uns aos outros, ex vi do art. 1.694, *caput*, do CC: "art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação [...]".

Importante ressaltar que ao contrário do entendimento aplicável aos filhos, cuja necessidade é presumida, quanto aos alimentos devidos a ex-cônjuge, deve restar comprovado nos autos, de forma indubitável, a impossibilidade do alimentado de prover o próprio sustento, tal como preconiza o art. 1.695, do CC, sendo tal obrigação, portanto, excepcional, sob pena de se tornar abusiva ou incentivadora do ócio.

É o que têm decidido a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

> Direito de família. Apelação cível. Preliminar. Fundamentação do recurso. Ação revisional de alimentos. Nascimento de outro filho. Modificação da pensão. Impossibilidade de pagamento. Ônus da prova. - Atendem ao requisito de admissibilidade estabelecido no art. 514, II, do CPC/73, as razões recursais que guardam e necessária congruência com a fundamentação da sentença. - Os alimentos podem ser revistos quando demonstrada a superveniência de situação que alterou a situação financeira de quem os supre ou de quem os recebe. - Recai sobre o autor da ação revisional de alimentos o ônus de demonstrar a redução de sua capacidade financeira de pagar os alimentos ou da necessidade do alimentando, para obter a alteração de seu valor. - O nascimento de outro filho do alimentante não constitui por si só fundamento para a redução da pensão, sendo indevida a modificação dos alimentos uma vez que não ficou demonstrado que os seus recursos são insuficientes para o cumprimento da obrigação sem prejuízo da sua própria subsistência e a dos filhos menores que dele dependem. - Recurso não provido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0112.14.005407-6/001, Rel.ª Des.ª Heloísa Combat, 4ª Câmara Cível, *DJe* de 28.06.2016).

No presente caso, conforme a prova dos autos, as partes conviveram em união estável por cerca de 28 (vinte e oito) anos, tendo se separado de fato em janeiro de 2017, quando a requerente saiu do lar conjugal, quase dois anos antes do ajuizamento da presente demanda.

O conjunto probatório revela ainda que a recorrente reside em imóvel próprio, sob o qual possui concessão de uso outorgada pelo Incra, por meio do contrato de Ordem 07, estando disposto no referido ajuste que o imóvel em questão destina-se à exploração agropecuária e outras modalidades aprovadas pelo instituto.

Ou seja, além de não que despender qualquer quantia mensal com moradia, ao contrário do que alega a apelante, ela pode produzir no imóvel em que reside, tirando da exploração agropecuária que lhe foi autorizada o seu próprio sustento.

Além disso, a requerida tem uma filha maior que pode auxiliar na sua subsistência, uma vez que o art. 1.696, do Código Civil dispõe que "o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais

e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros".

O art. 1.704, do mesmo Diploma Legal, ainda afirma que o ex-cônjuge será obrigado a prestar alimentos ao outro nos casos de não haver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, condições estas que não se verificam na hipótese em análise.

Não passa despercebido por este Julgador que a apelada possui atualmente 55 (cinquenta e cinco) anos de idade (Ordem 04), o que evidencia que pode ser mais difícil a sua inserção no mercado de trabalho formal. Contudo, como já explicitado, ela não possui qualquer incapacidade para o trabalho, pelo contrário, efetivamente pode desenvolver a atividade agropecuária, dentre outras, no imóvel que lhe foi cedido para este fim, conseguindo, assim, por seus próprios meios, uma renda que contribui para a sua manutenção.

Inclusive, o casal se separou de fato quase dois anos antes do ajuizamento da presente demanda, e durante todo este tempo a apelante se manteve sozinha, só vindo a requerer a pensão nesta ação, o que corrobora a sua possibilidade de se manter com os próprios recursos.

Por outro lado, o apelante também já possui idade avançada, 54 (cinquenta e quatro) anos (Ordem 56), e não há provas de que aufere rendimento mensal, pelo contrário, os documentos médicos juntados atestam que ele está em tratamento psiquiátrico, inclusive encontra-se internado em clínica de reabilitação, não exercendo, por óbvio, qualquer trabalho remunerado.

Assim, tendo em vista todas as peculiaridades do presente caso, como fundamentado acima, resta imperiosa a manutenção da improcedência da obrigação alimentar.

No que diz respeito ao valor da verba honorária possui razão a apelante, já que não sendo possível mensurar no momento o proveito econômico obtido, deve ser fixada nos moldes da parte final do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, ou seja, sobre o valor da causa. Confira-se:

> 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.

Ressalte-se que nos termos do Novo Código de Processo Civil o arbitramento da verba honorária por apreciação equitativa ocorrerá apenas nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito

econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, hipóteses estas que não se aplicam à demanda em análise.

Assim, devem ser arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa os honorários advocatícios devidos ao advogado da apelante, valor este que se revela condizente com a complexidade da demanda, e atende aos critérios estabelecidos no art. 85, § 2º, I a IV, do CPC, remunerando com dignidade os serviços prestados.

Quanto à argumentação relativa à partilha, apresentada pelo apelado em sede de contrarrazões, não merece análise, já que pretendendo a parte questionar os termos da sentença, neste ponto, deveria ter se utilizado do veículo correto, qual seja, o recurso de apelação.

Por fim, quanto ao pedido de concessão dos benefícios da gratuidade de justiça formulado pelo apelado, tendo em vista a declaração de hipossuficiência apresentada, que se presume verdadeira, e ausentes indícios da capacidade financeira, o defiro, mas apenas para fins recursais.

Isso porque o deferimento dos benefícios da justiça gratuita não gera efeitos retroativos, eximindo a parte de pagamento dos encargos processuais apenas a partir da data de concessão.

Com tais considerações, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, para reformar em parte a sentença, condenando o réu a pagar honorários advocatícios em favor do patrono da autora, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Cada parte pagará metade das custas recursais, suspensa a exigibilidade em virtude da gratuidade de justiça.

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

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Cível - Ação de indenização por danos morais - Gratuidade de justiça - Art. 5º, LXXIV, da CRFB/88 - Comprovação da insuficiência de recursos - Preliminar - Ilegitimidade passiva - Teoria da asserção - Criança de tenra idade (2 anos) sob os cuidados da escola encontrada na rua - Falha quanto aos deveres de guarda e preservação da integridade física do aluno - Omissão - Comprovação - Danos morais - Caracterização - Quantificação - Critérios - Razoabilidade e proporcionalidade.

- A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, inciso LXXIV, garante a assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovarem insuficiência de recursos.

- A análise das condições da ação deve ser realizada sob a ótica da teoria da asserção, ou seja, à luz da narrativa contida na petição inicial, sem a análise das provas e, portanto, sem o juízo de mérito.

- É objetiva a responsabilidade dos estabelecimentos de ensino pelos danos causados aos seus alunos, sobre os quais possuem dever de guarda e vigilância.

- Os profissionais responsáveis pelos cuidados das crianças discentes também respondem pelos danos que lhes forem causados caso seja demonstrado que não agiram com a diligência e cuidado necessários à segurança dos alunos.

- O dano moral caracteriza-se pela violação dos direitos integrantes da personalidade do indivíduo, atingindo valores internos e anímicos da pessoa, tais como intimidade, vida privada, honra, liberdade, dignidade, integridade física, entre outros.

- A quantificação do valor indenizatório devido à pessoa que teve o seu nome inscrito indevidamente em cadastro de inadimplentes deve atender aos exatos fins a que se destina, com equilíbrio, parcimônia, sem representar enriquecimento sem causa da parte lesada nem, tampouco, injusto excesso ao causador do dano, observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, consagrados no ordenamento jurídico pátrio.

Apelação Cível nº 1.0000.20.490860-2/001 - Comarca de Três Corações - Apelantes: Centro de Educação Infantil Cantinho da Criança LTDA - ME, Jaqueline Aparecida Cruz, Maria Aparecida Gomes Jesus - Apelado: K.T.C. representado(a) p/ mãe R.S.C. Relator: DES. CLARET DE MORAES.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 10 de dezembro de 2020. - *Claret de Moraes* - Relator.

Voto

DES. CLARET DE MORAES - Apelações interpostas por Jaqueline Aparecida Cruz (primeira apelação) e Centro Educacional Cantinho da Criança LTDA e Maria Aparecida Gomes Jesus (segunda apelação), contra sentença proferida pelo MM. Juiz Reginaldo Mikio Nakajima, da 3ª Vara Cível da Comarca de Três Corações, nos autos da ação de indenização por danos morais, proposta por K.T.C., representado por sua genitora, R.S.C., que decidiu nos seguintes termos finais (páginas 269/275 do doc. único):

> Ante o exposto, julgo procedente o pedido, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, para condenar as rés solidariamente ao pagamento de indenização no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais), a ser corrigida a partir da data da publicação desta sentença, pelos índices de atualização da CGJMG, acrescida de juros de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data do evento lesivo (26.10.2017), nos termos da Súmula nº 54 do STJ. Condeno a ré também ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 20% (vinte por cento) do valor da condenação, com base no disposto no art. 85, § 2º, do CPC. [...].

A primeira apelante, em suas razões recursais (páginas 288/297 do doc. único), sustenta, preliminarmente, ter requerido o deferimento da gratuidade judiciária em sede de contestação, o que não foi objeto de análise até o momento, razão pela qual reitera o pleito. Aduz ter ficado incontroverso que não era a profissional responsável por cuidar do recorrido no momento em que esse deixou a escola, haja vista que ele se encontrava no parque com a professora auxiliar, Sra. Lilian Monteiro. Assevera ter sido constatado pela polícia militar que a saída do menor só ocorreu em razão de um dos pais dos alunos ter deixado aberto o portão de entrada da escola. Afirma que não era dela a atribuição de fiscalizar os portões de acesso da escola, ônus que cabia ao próprio centro de educação, que deveria ter um funcionário designado especificamente para isso. Nesse sentido, pondera que a legitimidade para responder pelo evento danoso é exclusiva do centro educacional, pois a esse competia a segurança e controle do acesso de entrada e saída da instituição. Pontua não se haver de falar em negligência de sua parte, vez que o menor não estava sob seus cuidados. Salienta que o menor não estava junto a ela na sala quando saiu do centro educacional. Pede a concessão da gratuidade judiciária e o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva, extinguindo-se o feito em relação a ela. No mérito, pugna pelo provimento do recurso, reformando-se a sentença para que seja julgado improcedente o pedido inicial em relação a ela.

Quanto ao segundo apelo (páginas 299/310 do doc. único), as recorrentes alegam não ter havido qualquer ofensa moral em desfavor do menor apelado. Sustentam que o caso não passou de um mero dissabor do cotidiano, de sorte que estava o recorrido feliz e tranquilo no local onde foi encontrado. Assinalam que os danos morais foram fixados em valor excessivo. Pedem a concessão da gratuidade judiciária e, no mérito, o provimento do recurso, reformando-se a sentença para que seja julgado improcedente o pedido inicial. De forma eventual, requerem a redução do montante fixado a título de indenização por danos morais.

O apelado K.T.C. apresentou contrarrazões às páginas 319/325 e páginas 326/329 do doc. único, pugnando pelo desprovimento dos recursos.

Intimados a apresentarem novos documentos válidos e atuais que considerassem hábeis a justificar o deferimento da gratuidade judiciária (páginas 362/363 do doc. único), as apelantes se manifestaram às páginas 369/392, 399/411 e 422/432, anexando os documentos que entenderam pertinentes a embasar seus pleitos.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Gratuidade de justiça.

De início, registro que a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, inciso LXXIV, garante a assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovarem insuficiência de recursos.

No caso em tela, entendo que os documentos juntados pelos recorrentes revelam sua hipossuficiência financeira.

Em relação ao Centro de Educação Infantil Cantinho da Criança, vê-se que a Declaração de Informações Socioeconômicas e Fiscais (DEFIS) (páginas 373/376 do doc. único) demonstra a inexistência de qualquer ganho de capital pela empresa no exercício de 2017, assim como um saldo em caixa de R$0,00 no período abrangido pela declaração, o que revela a situação de carência de recursos da recorrente.

Quanto à apelante Maria Aparecida Gomes Jesus, sócia da empresa acima referida, a situação não é diferente. Nota-se ter ela recebido um total de R$0,00 rendimentos tributáveis pagos pela empresa no exercício indicado na declaração de páginas 373/376 do doc. único, tendo como renda mensal, atualmente, o valor de R$600,00 (seissentos reais) referente ao auxílio emergencial do Governo Federal, como faz prova à página 422 do doc. único.

Verifica-se, ainda, ter a recorrente demonstrado que seu marido recebe aposentadoria no montante de R$1.487,87 (mil quatrocentos e oitenta e sete reais e oitenta e sete reais) mensais (página 430 do doc. único).

Nesse sentido, observa-se que, mesmo somadas as rendas do abono emergencial auferido pela apelante com a aposentadoria percebida por seu cônjuge, a quantia total ainda é inferior aos três

salários mínimos, utilizados pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais e adotados por esta Câmara como parâmetro para a caracterização da hipossuficiência financeira, o que não deixa dúvidas acerca da insuficiência de recursos da recorrente.

Por fim, em relação à apelante Jaqueline Aparecida Cruz, vê-se dos documentos juntados que ela percebia no centro educacional recorrente a quantia mensal de R$880,00 (oitocentos e oitenta reais) (página 402 do doc. único), montante inferior ao parâmetro supracitado para a caracterização da hipossuficiência financeira. Acrescente-se a isso o fato de que a recorrente está desempregada desde o ano de 2018, de sorte que a única renda que tem percebido atualmente é proveniente do auxílio emergencial concedido pelo Governo Federal, como faz prova à página 407 do doc. único.

Assim, é de se deferir a gratuidade de justiça aos apelantes, benefício este que foi por eles requerido em suas defesas.

Destarte, conheço dos recursos, eis que próprios, tempestivos e adequados, dispensados do preparo, sendo atendidos os pressupostos de admissibilidade.

Preliminar.

Ilegitimidade passiva.

A apelante Jaqueline Aparecida Cruz suscita preliminar de ilegitimidade passiva, ao fundamento de que a legitimidade para responder pelo evento danoso é exclusiva do centro educacional, pois a ele competia a segurança e controle do acesso de entrada e saída da escola.

De acordo com a teoria da asserção, as condições da ação devem ser aferidas à luz das alegações da parte autora na petição inicial, devendo ser a realidade vertente dos autos enfrentada no mérito, com eventual procedência ou improcedência do pedido.

A esse respeito, leciona José Carlos Barbosa Moreira:

> O exame da legitimidade, pois como o de qualquer das condições da ação - tem de ser feito com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se o julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *res in judicio deducta*. Significa isso que o órgão judicial, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica *in statu assertionis*, ou seja, à vista do que se afirmou. Tem ele de raciocinar como que admita, por hipótese, e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria o juízo de mérito a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Legitimação para agir. Indeferimento da petição inicial *In*: Temas de direito processual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, Primeira Série, p. 200).

Neste sentido, tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça:

> [...] 4. As condições da ação são averiguadas de acordo com a teoria da asserção, razão pela qual, para que se reconheça a legitimidade passiva *ad causam*, os argumentos aduzidos na inicial devem possibilitar a

> inferência, em um exame puramente abstrato, de que o réu pode ser o sujeito responsável pela violação do direito subjetivo do autor. [...] (REsp 1756121/SP, Rel.ª Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 27.08.2019, *DJe* de 30.08.2019).

Na espécie, tendo o autor, ora apelado, apontado a ora recorrente Jaqueline Aparecida Cruz como uma das responsáveis pela reparação do dano moral a ele causado, haja vista a suposta falha no dever de guarda da apelante, configurada está a legitimidade passiva da então professora de K.

Evidente que o sucesso da pretensão do autor é questão que envolve a análise do mérito.

Assim, rejeita-se a preliminar suscitada pela recorrente Jaqueline Aparecida Cruz.

Mérito.

Depreende-se da inicial que a representante legal do autor/apelado deixou o menor, então com dois anos de idade, nas dependências e sob os cuidados dos ora apelantes, com horário previsto para buscar a criança de 17h30min.

Ocorre que, logo no primeiro dia de aula, por volta das 16h30min, o genitor do recorrido foi informado pelo padrinho da criança que o autor estava com policiais, que o tinham encontrado andando sozinho pela praça central da cidade.

Nesse contexto, alegou o ora apelado a existência de conduta omissiva por parte dos ora apelantes, ficando caracterizado o ato ilícito e o consequente dever de reparação.

Nesse sentido, cinge-se a controvérsia em analisar o dever dos recorrentes de indenizarem o apelado em decorrência do suposto descumprimento do dever de guarda e vigilância destes para com o menor.

A fim de dirimir a lide, assinala-se que o dever de indenizar relacionado à obrigação subjetiva está estabelecido nas normas dos artigos 186 c.c. 927, ambos do Código Civil, ao estabelecerem que:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dão 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.

Portanto, para que fique caracterizada a responsabilidade subjetiva, deve-se demonstrar a ocorrência de dano, de conduta dolosa ou culposa e nexo de causalidade relacionando os dois.

Nesse sentido:

> Apelação cível. Ação indenizatória. Preliminar de inobservância do princípio da dialeticidade. Rejeição. Alegação de coisa julgada no âmbito criminal. Matéria decidida por capítulo da sentença não impugnado. Acidente com morte. Ônus da prova. Fato constitutivo do direito do autor. Ausência de comprovação. Conjunto probatório desfavorável ao requerente. Improcedência do pedido [...] - Em demanda

> indenizatória que versa sobre responsabilidade civil subjetiva, o fato constitutivo do direito do autor, cuja prova lhe incumbe (art. 373, I, CPC), é complexo, exigindo o concurso dos seguintes elementos: a) conduta dolosa ou culposa contrária à norma jurídica; b) dano; c) nexo de causalidade entre os requisitos anteriores. - Como incumbe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito (art. 373, I, CPC), não há dúvidas de que seu pleito indenizatório deve ser julgado improcedente, quando as provas produzidas, ao invés de evidenciarem a presença dos requisitos da responsabilidade civil, convergem para a hipótese contrária (TJMG - Apelação Cível nº 1.0625.15.006771-2/001, Rel. Des. Fernando Lins, 18ª Câmara Cível, j. em 23.10.2019, p. da súmula em 29.10.2019).
>
> Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito e pretensão de recebimento de indenização, por dano moral. Endosso-mandato. Protesto indevido. Responsabilidade da instituição financeira apresentante. Valor da indenização. Majoração. - Para ser reconhecida a responsabilidade civil subjetiva deve haver prova do dano, da culpa do agente e do nexo de causalidade entre os dois, nos termos do art. 186 do Código Civil. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0696.11.003172-6/001, Rel. Des. Amorim Siqueira, 9ª Câmara Cível, j. em 22.10.2019, p. da súmula em 01.11.2019).

No caso dos autos, compartilho do entendimento do magistrado de origem no sentido de que a pertinência subjetiva das ora recorrentes Jaqueline e Maria Aparecida ficou configurada pelo dever de cuidado a elas confiado.

Em relação à apelante Maria Aparecida, entendo que a ela caberia, na posição de diretora e responsável administrativa da escola, ter agido com maior diligência no sentido de ter à disposição um funcionário designado para controlar as áreas que davam acesso do centro educacional à rua, a fim de que situações como a descrita nos autos pudessem ser evitadas.

Nesse sentido, é certo que essa constatação não exclui a responsabilidade da recorrente Jaqueline, que afirmou na audiência que o menor apelado era da sua sala (página 211 do doc. único), o que, na minha percepção, também estende a ela o dever de cuidado e vigilância do apelado, que à época do ocorrido tinha 2 anos de idade.

Nesse contexto, oportuno destacar outros trechos do depoimento da ré Jaqueline (página 211 do doc. único):

> "que o menor K. era da sua sala; [...] que ficavam a depoente e uma ajudante na sala; que o nome da ajudante é Lilian; [...] que K. não estava em sua companhia quando saiu da escola; que foi logo depois do lanche; que ficou com dois alunos na sala fazendo a limpeza do ambiente; que K. desceu para o parque com a auxiliar; que não foi durante a aula; que não sabe por onde K. saiu; que ele não saiu pelo portão de sua sala, pela cancela, porque a cancela não saía da porta, porque é uma cancela pesada; [...] que haviam dois acessos para a escola, sendo um o portão automático que ficava de frente para a rua e um corredor em que havia uma porta que dava direto para a rua; que esse corredor fica atrás do parque; que acredita que K. tenha saído por trás da escola; [...] que não ficava nenhum monitor na recreação dos alunos, somente a auxiliar Lilian; [...] que tinham mais de 10 crianças; [...]".

Vê-se que Jaqueline atribui à sua então professora auxiliar, Lilian, a responsabilidade pela vigilância do menor no momento do ocorrido. Embora a recorrente Jaqueline tenha arrolado Lilian Monteiro

como testemunha, veio posteriormente a dispensar a oitiva desta (página 210 do doc. único), sendo o caso, nesse contexto probatório, de se concluir que essa apelante era, realmente, a responsável pela guarda e vigilância do apelado quando da ocorrência dos fatos narrados nos autos, tendo falhado com seu dever de cuidado do menor recorrido, o que enseja sua responsabilização civil.

Nessa linha de entendimento, a ilustre Procuradora de Justiça Janete Gomes Oliva expõe, em seu respeitável parecer, que Jaqueline "era a professora responsável pelo menor no momento dos fatos ocorridos, cabendo à ela o dever de cuidado de todas as crianças que estavam sob sua supervisão" (página 444 do doc. único).

Quanto ao apelante Centro Educacional Cantinho da Criança, há de se registrar que é nítida a relação de consumo do apelado consigo, incidindo, nesse caso, o que dispõe o art. 14, § 3º, 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.
>
> [...]
>
> § 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
>
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
>
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Desse modo, tem-se que a instituição de ensino, para se eximir da responsabilidade de reparar os prejuízos suportados pelo recorrido, deveria ter comprovado nos autos a inexistência da falha na prestação de serviços alegada na inicial ou a ocorrência de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Todavia, nenhuma prova veio aos autos nesse sentido.

Os elementos constantes no processo permitem inferir que o centro educacional apelante faltou com seu dever de zelo e guarda dos alunos que ali estudavam, o que é agravado pelo fato de que esses alunos são crianças de tenra idade.

As escolas tem a responsabilidade de guarda e preservação da integridade dos seus alunos, menores cujo dever de vigilância lhes é confiado. Nessa perspectiva, devem agir de forma preventiva para evitar danos ou ofensas aos educandos.

Salienta-se também não haver demonstração de qualquer circunstância excludente da responsabilidade objetiva do centro educacional recorrente.

Pertinente destacar, nesse contexto, entendimento deste Tribunal em relação ao dever das instituições de ensino de zelar pela guarda de seus alunos. Veja-se:

> Apelação cível. Recurso adesivo deserto. Indenização por danos morais e materais. Instituição de ensino. Responsabilidade objetiva. Tentativa de estupro. Dever de guarda e vigilância. *Quantum* indenizatório.

> Honorários advoctaícios. - As instituições de ensino respondem de forma objetiva pelos danos causados aos seus alunos, sob os quais possuem dever de guarda e vigilância. - São incontroversos os graves abalos emocionais, angústias e sofrimentos de uma menor, abordada de forma violenta por um estranho enquanto se encontrava no banheiro feminino de sua escola, local no qual devia se sentir protegida, em uma tentativa de estupro. - 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 causado à vítima e desestimular o ofensor a perpetrar a mesma conduta. - Os honorários advocatícios devem ser distribuídos de forma proporcional à sucumbência de cada uma das partes. - O advogado possui interesse recursal na majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais, mas não pode se aproveitar da assistência judiciária concedida à parte. - A gratuidade de justiça é um direito personalíssimo conferido a quem preenche os requisitos previstos em lei, sendo incabível o seu aproveitamento por terceiros. - Não pagas as custas, imperioso o reconhecimento da deserção do recurso e seu não conhecimento (TJMG - Apelação Cível nº 1.0079.14.073586-5/001, Rel. Des. Alexandre Santiago, 11ª Câmara Cível, j. em 14.11.2018, p. da súmula em 28.11.2018).

Quanto ao dano moral, este somente deve ser reconhecido quando demonstrada efetiva violação de direitos da personalidade, quais sejam, dignidade, honra, imagem, intimidade ou vida privada.

Sobre o tema leciona o doutrinador Sérgio Cavalieri Filho:

> [...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero 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, aponta de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 111).

No caso dos autos, entendo não haver qualquer dúvida acerca da ofensa a direito da personalidade do autor, criança de tenra idade que foi deixada desacompanhada fora do estabelecimento de ensino, o que certamente foi capaz de lhe causar abalo psicológico tal a justificar a condenação dos recorrentes ao pagamento de indenização por danos morais.

Consoante respeitável parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça:

No caso em apreço, verifica-se ter havido, por parte das recorrentes, negligência durante a prestação de serviços educacionais, vez que permitiram que uma criança de 2 anos de idade saísse desacompanhada do estabelecimento escolar. Daí deflui os inúmeros incovenientes e prejuízos que abalaram o infante e seus genitores, mais notadamente, o direito da personalidade, hábil a configurar a indenização pleiteada.

Assim, s.m.j., inconteste a ocorrência da ofensa ao patrimônio moral do autor, bem como de sua família, que passou por inúmeros transtornos e dissabores decorrentes do fato narrado.

Nesse sentido, a conduta das apelantes restou comprovada pelo Boletim de Ocorrência nº 2017-035032215-001, o qual comprovou que o menor saiu desacompanhado da instituição de ensino.

Dessa foram, o caso não se trata de mero dissabor, devendo ser salientado que se justifica a indenização por danos morais, tal qual arbitrado na sentença (páginas 446/447 do doc. único).

Passa-se, por fim, à análise do *quantum* indenizatório.

Ausentes critérios legais taxativos capazes de nortear a quantificação da indenização por danos morais, a fixação do montante devido deve levar em consideração o grau da responsabilidade atribuída à parte ré (ofensor), a extensão dos danos sofridos pela parte autora (vítima), assim como a condição social e econômica da vítima e do ofensor.

A quantificação fica sujeita, pois, a juízo ponderativo, devendo atender aos exatos fins a que se destina, com equilíbrio, parcimônia, sem representar enriquecimento sem causa da parte lesada nem, tampouco, injusto excesso ao causador do dano, observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, consagrados no ordenamento jurídico pátrio.

Por oportuno, transcrevo ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho:

> No âmbito do dano extrapatrimonial (moral), a sua quantificação como um decréscimo material é também absolutamente impossível, razão pela qual o critério do arbitramento judicial é o único apropriado, conforme anteriormente destacado. Também aqui terá o juiz que se valer da lógica do razoável, que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. A indenização punitiva do dano moral pode ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável - dolo ou culpa grave - e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita (Programa de Responsabilidade Civil, 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 155).

O arbitramento da indenização, enfim, considerando as peculiaridades de cada caso, deve buscar atingir status de razoável e proporcional, tendo como foco a compensação da vítima pelo dano moral sofrido, em toda a sua extensão, à luz de parâmetros e critérios consagrados no ordenamento jurídico constitucional vigente.

Com efeito, à luz de tais orientações, compreendo que a compensação fixada em sentença em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) é apropriada para se atingirem as desejadas razoabilidade e proporcionalidade contextuais, de forma equitativa, na conformidade das circunstâncias, atentando-se, assim, aos objetivos da reparação pelos danos efetivamente sofridos, ao grau da responsabilidade apurada

em relação ao ofensor, à extensão dos danos sofridos pela vítima e à condição social e econômica dos envolvidos.

Conclusão.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva e dou parcial provimento aos recursos, reformando a sentença apenas para conceder o benefício da gratuidade judiciária aos recorrentes.

Custas recursais pelos apelantes, ficando suspensa a exigibilidade de tais verbas em razão da gratuidade de justiça ora concedida a estes demandantes.

Deixo de majorar os honorários advocatícios, haja vista já terem sido fixados no percentual máximo previsto na norma do art. 85, § 2º, do CPC.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator a Desembargadora Jaqueline Calábria Albuquerque e o Juiz de Direito convocado Marcelo Pereira da Silva.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Agravo de instrumento - Habilitação de crédito em inventário - Penhora de bem para a garantia da dívida - Desimpedido e de valor superior ao do débito - Pretensão de substituição da penhora - Necessidade de justificativa - Reserva de bens suficientes - Menor onerosidade.

- Se o imóvel do *de cujus* devedor que fora penhorado está desimpedido e foi avaliado em valor superior ao da dívida, não é dado ao credor substituí-lo por outro imóvel, a seu livre arbítrio, e desconstituir dação em pagamento deste bem homologada em outro processo, se foram reservados bens do espólio suficientes para a quitação do passivo.

- Na forma do art. 805 do CPC, as medidas executivas devem observar a menor onerosidade.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.20.496610-5/001 - Comarca de Lambari - Agravantes: Aline Maria Pereira Junqueira de Sousa em causa própria; Gleicyane Cristina Pereira Junqueira de Sousa em causa própria; - Agravados: Alex Krauss Junqueira de Souza, Isa Carolina Krauss Junqueira de Souza, Milena Krauss Junqueira de Sousa - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de dezembro de 2020. - *Renato Dresch* - Relator.

Voto

DES. RENATO DRESCH - Trata-se de agravo de instrumento, interposto por Aline Maria Pereira Junqueira de Sousa e Gleicyane Cristina Pereira Junqueira de Souza, advogadas, contra decisão proferida pelo Juiz Márcio Augusto Oliveira Bueno, da Vara Única da Comarca de Lambari, que, nos autos do inventário dos bens deixados por Dilson Junqueira de Souza, deferiu o pedido da inventariante, Milena Krauss Junqueira de Sousa, de substituição da garantia pretendida pelas agravantes nos autos da ação de cobrança de honorários advocatícios, aviada em face do espólio, determinando que a garantia recaísse sobre o imóvel constituído pelo apartamento nº XXX, localizado no Edifício XXXX XXXX, Rua XXXXXXX, Jardim XXXXXXX, Bairro XXXXXX, em Ubatuba/SP, em substituição ao pretendido pelas agravantes, qual seja, o imóvel localizado na Rua XX XXXX XXX XXXXXX, nº XX, lugar denominado Drogaria XXXXX, em Lambari/MG (Ordem 03).

As agravantes alegam que o inventário encontra-se suspenso, a pedido da inventariante (Ordem 09), tendo em vista a ação de divórcio aviada pelo *de cujus* em face da meeira, no qual será efetuada

a partilha dos bens e a intenção de formalização de acordos com os possíveis credores. Afirmam que a inventariante está negociando as dívidas do *de cujus* fora do processo de inventário, o que poderá acarretar prejuízos aos credores, e que a dívida ultrapassa R$1.000.000,00 (um milhão de reais), sendo que, se for paga nos autos do divórcio ou extrajudicialmente, não restará nenhum bem a inventariar, ficando prejudicada a cobrança de honorários. Afirmam que o acordo realizado extrajudicialmente pela inventariante, nos autos da ação monitória aviada por Marcus de Biaso Pinto em face do *de cujus* (nº 0024549-43.2018.8.13.0378 - processo físico) no qual foi dado o imóvel indicado pelas agravantes, não foi juntado aos autos do inventário, devendo ser considerada a decisão judicial que havia determinado a restrição do imóvel onde se encontra localizada a farmácia, em favor das agravantes. Ressaltam que o imóvel indicado pela inventariante, localizado em Ubatuba-SP, possui uma dívida de condomínio no valor que ultrapassa R$20.000,00 (vinte mil reais), necessitando ainda de reforma, que pode chegar a R$130.000,00 (cento e trinta mil reais), ressaltando ainda que a avaliação do imóvel não condiz com a realidade, uma vez que as propostas para venda no mesmo prédio giram em torno de R$230.000,00 (duzentos e trinta mil reais), abaixo do crédito de R$380.000,00 (trezentos e oitenta mil reais) referente aos honorários advocatícios, aduzindo que a inventariante indica em garantia imóveis que não respondem pela presente demanda.

Na decisão de Ordem 179, foi indeferida a tutela antecipada recursal.

A inventariante apresentou contraminuta (Ordem 180), sustentando que, ao contrário do que alegam as agravantes, o bem indicado como garantia detém uma pequena dívida de condomínio de, aproximadamente, R$18.000,00 (dezoito mil reais - atualizado), e que mera suposição do síndico do prédio de que o bem não conseguirá ser vendido pelo valor apurado não tem o condão de descreditar a avaliação da corretora. Asseverou que os bens do espólio são mais do que suficientes para o cumprimento de suas obrigações, razão pela qual o juízo de origem homologou o acordo com o credor Marcus referente ao bem que as agravantes pretendiam que fosse dado em garantia.

A Procuradoria de Justiça se manifestou pela desnecessidade de intervenção do Ministério Público (Ordem 189).

É o relatório.

Conheço do recurso, porque presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Do mérito.

A questão controvertida cinge-se em analisar o direito das autoras, ora agravantes, à penhora do bem por elas indicado para garantia de pagamento de honorários cobrados do espólio de Dilson Junqueira de Sousa.

As agravantes foram habilitadas nos autos do inventário dos bens deixados por Dilson Junqueira de Sousa, haja vista o crédito consubstanciado em contrato verbal de prestação de serviços de honorários advocatícios ao falecido.

Nos termos do art. 642 do CPC, "antes da partilha, poderão os credores do espólio requerer ao juízo do inventário o pagamento das dívidas vencidas e exigíveis".

Requerida a habilitação, caso haja concordância entre as partes, o juiz declarará habilitado o credor, mandando que se faça a separação de dinheiro ou bens suficientes ao pagamento.

O caso em tela se trata de ação de cobrança de honorários advocatícios aviada em face do espólio de Dilson Junqueira de Sousa, autuado como habilitação de crédito em inventário.

Na inicial (Ordem 77), as ora agravantes pleitearam o recebimento da quantia de R$378.816,83 (trezentos e setenta e oito mil oitocentos e dezesseis reais e oitenta e três centavos) de honorários advocatícios referentes a 23 (vinte e três) processos em que figuraram como advogadas do *de cujus*, do qual são irmãs, requerendo a penhora imediata do imóvel localizado na Rua XX XXXX XXX XXXXXX, nº XX, lugar denominado Drogaria XXXXX, em Lambari.

A inventariante, em manifestação (Ordem 142), alegou que as advogadas não detém título executivo extrajudicial, não havendo qualquer contrato de honorários, possuindo apenas expectativa de direito em relação aos honorários advocatícios, requerendo a substituição do bem requerido em garantia pelo imóvel localizado na Rua XXXXX XXXXX, nº XXX, centro, em Lambari, avaliado em aproximadamente R$350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais).

O juízo *a quo*, em decisão de Ordem 148, deferiu a indicação feita pela inventariante, determinando o bloqueio do imóvel para fins de transferência.

Contudo, no ofício de Ordem 153, o Cartório de Registro de Imóveis de Lambari informou sobre a impossibilidade de cumprimento da decisão, uma vez que o imóvel encontra-se registrado em nome de terceiros.

Em razão disso, na decisão de Ordem 154, de 23.06.2020, o juízo de origem determinou o bloqueio do imóvel indicado pelas agravantes, onde se encontra localizada a farmácia Drogaria XXXXX.

No entanto, a inventariante afirmou, na manifestação de Ordem 156, que o imóvel localizado na Rua XX XXXX XXX XXXXXX, nº XX, Centro, Drogaria XXXXX, Lambari/MG não poderia ser dado em garantia, por ter sido objeto do acordo firmado em 27.05.2020 na Ação Monitória nº 0024549-43.2018.8.13.0378 (Marcus de Biaso Pinto x Dilson Junqueira de Souza), já homologado pelo juízo do inventário em 23.06.2020, e requereu que a garantia recaísse sobre o apartamento nº XXX, localizado no Edifício XXXX XXXX, na cidade de Ubatuba/SP, avaliado em R$350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais).

Na decisão de Ordem 174, o magistrado de 1º grau deferiu o pedido da inventariante, o que ensejou o presente agravo de instrumento.

A princípio, verifica-se que o valor do crédito cobrado pelas agravantes (R$378.816,83 - trezentos e setenta e oito mil oitocentos e dezesseis reais e oitenta e três centavos - Ordem 77) é próximo do va-

lor do apartamento de Ubatuba apurado em avaliação comparativa feita pela Corretora de Imóveis Bhering e Menezes em 29.04.2018 (R$350.000,00 - trezentos e cinquenta mil reais - Ordem 158).

E, apesar de as agravantes sustentarem que o valor apurado pela corretora não condiz com a realidade, elas não apresentaram qualquer prova apta a contrapor a avaliação, mas apenas *print* de conversa pelo aplicativo Whatsapp em que o síndico informa que os apartamentos do edifício vêm sendo oferecidos por preços de R$220.000,00 (duzentos e vinte mil reais) a R$260.000,00 (duzentos e sessenta mil reais) (Ordem 73).

Ademais, o mero fato de o imóvel apresentar débitos condominiais em torno de R$18.000,00 (dezoito mil reais) - (Ordem 186) e de o prédio necessitar de serviços de pintura externa orçados em R$130.000,00 (cento e trinta mil reais) - (Ordem 70) - a serem custeados em conjunto com os demais condôminos - não representa justificativa hábil para se determinar a substituição da garantia.

Sendo assim, não se vislumbra qualquer prejuízo advindo da decisão agravada que assegurou o crédito das agravantes com a penhora do apartamento de Ubatuba, e não do cômodo comercial da cidade de Lambari.

Por fim, vale salientar que o imóvel comercial localizado na Rua XX XXXX XXX XXXXXX, nº XX, Centro, Drogaria XXXXX, Lambari/MG, cuja penhora pleiteiam as agravantes, foi objeto de acordo homologado em 23.06.2020 nos autos da Ação Monitória nº 0024549-43.2018.8.13.0378 (Marcus de Biaso Pinto x Dilson Junqueira de Souza), tendo sido dado em pagamento para quitação de cheques e notas promissórias (Ordem 184/185).

Não obstante este imóvel de Ubatuba tenha sido avaliado pela Corretora de Imóveis Bhering e Menezes em R$400.000,00 (quatrocentos mil reais) - (Ordem 158), mas dado em pagamento no valor referencial e fiscal de R$100.000,00 (cem mil reais) - (Ordem 184), conforme demonstrado pela inventariante em contraminuta, os ativos restantes do autor da herança, orçados em cerca de R$2.600.000,00 (dois milhões e seiscentos mil reais) se mostram mais do que suficientes ao pagamento das dívidas atualmente cobradas do espólio, que totalizam cerca de R$700.000,00 (setecentos mil reais) - (Ordem 180).

Em suma, se o imóvel do *de cujus* devedor que fora penhorado está desimpedido e foi avaliado em valor superior ao da dívida, não é dado ao credor substituí-lo por outro imóvel, a seu livre arbítrio, e desconstituir dação em pagamento deste bem homologada em outro processo, se foram reservados bens do espólio suficientes para a quitação do passivo.

De acordo com o art. 805 do CPC, deve ser observada a menor onerosidade.

Portanto, não vislumbro justificativa legal para a substituição da penhora do apartamento nº XXX, localizado no Edifício XXXX XXXX, na cidade de Ubatuta/SP, avaliado em R$350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), pela penhora do cômodo comercial localizado na Rua XX XXXX XXX XXXXXX, nº XX, Centro, Drogaria XXXXX, Lambari/MG, avaliado em R$400.000,00 (quatrocentos mil reais).

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.

Custas pelas agravantes ao final, observada a suspensão da exigibilidade, por litigarem sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Moreira Diniz e Dárcio Lopardi Mendes.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Cível - Ação de indenização - Compartilhamento de postagem via *Whatsapp* - Investigação criminal - Uso da imagem do autor e de sua família - Danos morais - Ocorrência - Valor indenizatório - Manutenção - Recursos não providos.

- Tem o dever de indenizar a vítima aquele que praticou a conduta antijurídica e causou o prejuízo, conforme dispõem os arts. 186 e 927, do Código Civil.

- Pratica conduta hábil a ensejar indenização por danos morais o réu que compartilha postagem via *Whatsapp*, a respeito de investigação criminal em curso, insinuando que o autor seria um dos suspeitos, utilizando sua imagem e de sua família.

- O valor da indenização por danos morais deve ser ponderado, fixado em conformidade com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Apelação Cível nº 1.0000.20.497188-1/001 - Comarca de São Sebastião do Paraíso - Apelante: Agnaldo Alexandre Piccirillo, Rafael Pereira de Souza - Apelado: Agnaldo Alexandre Piccirillo, Rafael Pereira de Souza. Relatora: DES.ª APARECIDA GROSSI.

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 A AMBOS OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2020. - *Aparecida Grossi* - Relatora.

Voto

DES.ª APARECIDA GROSSI - Trata-se de recursos de apelação, interpostos por Rafael Pereira de Souza (apelante principal) e Agnaldo Alexandre Piccirillo (apelante adesivo), contra a sentença proferida por nos autos da ação de indenização por danos morais, ajuizada pelo apelante adesivo em face do apelante principal, que julgou procedente o pedido nos seguintes termos:

> [...] Ante o exposto, julgo procedente o pedido inicial para condenar o requerido a pagar à parte autora a importância de R$10.000,00 (dez mil reais), a título de indenização por dano moral, com correção monetária pelo índice da tabela da CGJ e juros de mora de 1% (um porcento) ao ano a partir de então.
>
> Condeno o requerido nas custas processuais e em honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte porcento) do valor da condenação, suspensa a cobrança na forma do art. 98 do CPC. [...]

APELAÇÃO PRINCIPAL - Rafael Pereira de Souza.

Nas razões recursais, o réu afirma, em síntese, que "[...] Não há provas nos autos da dita 'exposição' da família do apelado, e, a fundamentação de que o apelado deveria 'checar' a origem da notícia e o 'efeito' que o compartilhamento produziria à imagem é uma exigência descabida para a concepção do homem médio que deve nortear as causas indenizatórias que versam puramente sobre danos morais. [...]"

Alega, também, que "[...] É inconcebível a ideia de punir o apelado por supostos atos ilícitos de terceiros, que, ao contrário do que foi decidido, a conduta em questão foi o redirecionamento da mensagem para apenas um grupo especifico, com número de membros determinado, portanto, a difusão ocorreu em progressão aritmética e não geométrica, motivo para que haja reforma da decisão e redução substancial do *quantum* indenizatório. [...]"

Sustenta, ainda, que "[...] A quantia atribuída como indenizatória, tanto extrapolou o que podemos chamar de compensação ao desconforto à parte autora, como ainda fará com que o apelado experimente o empobrecimento. [...]"

Por fim, requer a reforma da sentença, para que seja julgado improcedente o pedido, ou, eventualmente, reduzido o valor indenizatório.

O autor apresentou contrarrazões, requerendo o desprovimento do recurso principal.

APELAÇÃO ADESIVA - Agnaldo Alexandre Piccirillo.

Por sua vez, o autor requer, em síntese, a majoração do valor indenizatório para R$20.000,00 (vinte mil reais).

O réu apresentou contrarrazões, requerendo o desprovimento do recurso adesivo.

É o relatório.

Observados os temas colocados em debate nos recursos interpostos, analisarei em conjunto os apelos diante da interdependência entre eles.

Juízo de Admissibilidade.

Conheço dos recursos, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade, e passo à análise das suas razões.

Preliminares.

Não há preliminares a serem analisadas.

Mérito.

Extrai-se dos autos que o autor ajuizou a ação alegando que diversos amigos e colegas o procuraram para informá-lo que o seu perfil do *Facebook* estava sendo repassado nos grupos de *Whatsapp*, em especial no grupo "Conselho Distrital", imputando-lhe crimes que não cometeu, relacionados à

Operação Proditor, por meio da qual civis, policiais militares e policiais civis são investigados por suposto envolvimento no tráfico de drogas.

Afirmou que o réu foi o responsável pela referida postagem, expondo-lhe a uma situação vexatória e lhe gerando danos morais.

Inicialmente, releva assinalar que a liberdade de expressão está consagrada no art. 5º, IV, da Constituição Federal, que assim dispõe:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

Importante ressaltar que a garantia constitucional posta acima objetiva tutelar a livre manifestação do pensamento, ideias, opinião, crenças e juízo de valor. Protege-se, com isso, o livre compartilhamento de ideias e opiniões entre os cidadãos.

Por outro lado, o art. 5º, inciso X, da Carta Republicana, afirma que a honra e a imagem são direitos fundamentais da pessoa humana, assegurado o direito de reparação pelos danos morais decorrentes de sua violação.

Percebe-se, assim, que, não obstante a amplitude dada pela Constituição ao direito de liberdade de expressão, tal garantia não é absoluta, sujeitando-se a restrições quando o abuso no seu exercício colidir com outros direitos fundamentais.

De outro norte, deve-se ressaltar que cabe ao requerente, conforme se extrai do art. 373, I, do CPC, comprovar o fato constitutivo do seu direito, sendo necessário, no caso vertente, demonstrar os requisitos constantes dos art. 186 e 927 do Código Civil, *in verbis*:

> 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.

Nesse contexto, releva assinalar que, para ser reconhecida a responsabilidade civil extracontratual, é necessária a existência concomitante de 04 (quatro) elementos: conduta (omissiva ou comissiva), dano, nexo causal entre a conduta e o dano, e o elemento subjetivo consistente na culpa.

No presente caso, verifica-se que o autor juntou *prints* das publicações feitas pelo réu via *WhatsApp*, na qual ele afirma que "Os nomes dos envolvidos não foram divulgados. O nome dado à Operação Proditor significa traidor".

Na mesma mensagem, o requerido encaminha uma foto do autor, juntamente com sua genitora e o seu filho, extraída do *Facebook*.

Observa-se, ainda, que as referidas postagens foram compartilhadas em outros grupos de *WhatsApp*, tais como "Moto Taxi" e "Amigos do Futebol".

Impende assinalar que a testemunha Ubirajara Thiago Medeiros Ferreira informou o seguinte:

> "[...] essas postagens provocaram a comunidade que passaram (sic) a questionar a razão de a guarda municipal estar envolvida nos atos criminais notificados nos autos; que passaram a questionar quem o autor era e inclusive atingiu o filho do próprio requerente; não se recorda de ter conversado com o autor, recordando apenas ter entrado em contato com o comandante da guarda; [...]".

Por sua vez, o Sr. Antônio Pierre asseverou, no seu depoimento testemunhal:

> "[...] chegou a ver postagens em nome do autor, indicando seu envolvimento em atos de crimes que estavam ocorrendo na região, precisamente no grupo social de *WhatsApp* denominado Conselho Distrital; [...] o referido grupo social e de acesso de toda comunidade; as postagens foram feitas pelo requerido; esse fato repercutiu bastante na comunidade; o autor ficou bastante abalado com a situação, inclusive chegou a chorar em certa oportunidade; [...] o autor estava abalado por aparecer a família dele nas postagens; [...]"

Analisando detidamente os autos, conclui-se que o réu praticou conduta que gerou dano moral ao autor, ao postar mensagens ofensivas e caluniosas em rede social, alcançando um grande número de pessoas, em especial pelo fato de o requerente se tratar de membro da Guarda Municipal, instituição que exige conduta ilibada.

Ademais, deve-se levar em consideração que se trata do Município de São Sebastião do Paraíso/MG, uma pequena cidade na qual é supostamente mais fácil que os habitantes se conheçam, possibilitando a propagação das mensagens geradoras do dano moral de forma mais rápida e em maior proporção.

Destarte, restou comprovada a prática de ato ilícito do réu, que gerou dano moral ao autor.

Nesse sentido já decidiu este eg. Tribunal:

> Apelação Civel. Juntada de prova documental com razões recursais. Análise possível. Ação de reparação de dano moral. Perfil de rede social. Postagem com conotação caluniosa no Twitter. Responsabilidade civil de indenizar. Configuração. Valor da indenização. Razoabilidade e proporcionalidade. Observância. Recurso conhecido e não provido. I - Em prol do princípio da busca da verdade real, é aceita a juntada de documentos complementares com as razões recursais, desde que a parte recorrida tenha vista deles quando intimada para contrarrazoar. II - A postagem de mensagem em rede social, com conteúdo calunioso à parte autora gera, em tese, dano moral, cuja responsabilidade civil de indenizar é do titular do perfil. III - Não merece minoração a indenização por dano imaterial fixada com observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, à luz do caso concreto. IV - Preliminar rejeitada. Re-

> curso conhecido e não provido (TJMG - Apelação Cível n° 1.0000.20.010711-8/001, Rel. Des. Vicente de Oliveira Silva, 20ª Câmara Cível, j. em 05.08.2020, p. da súmula em 06.08.2020).
>
> Apelação cível. Ação de indenização Ofensas em redes sociais. Indenização por danos morais. Arbitramento. "Ao disponibilizarem informações, opiniões e comentários nas redes sociais na internet, os usuários se tornam os responsáveis principais e imediatos pelas consequências da livre manifestação de seu pensamento, a qual, por não ser ilimitada, sujeita-lhes à possibilidade de serem condenados pelos abusos que venham a praticar em relação aos direitos de terceiros, abrangidos ou não pela rede social" (STJ, REsp n° 1650725/MG). No caso concreto, constata-se que a divulgação de ofensas no *Facebook* extrapola a liberdade de expressão por atacar a honra e a imagem pessoal e profissional de professores e alunos do núcleo de assistência judiciária, o que caracteriza a prática de ato ilícito e enseja danos morais indenizáveis. O arbitramento da indenização por danos morais deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de que seja alcançada sua dupla finalidade compensatória e pedagógica da reparação, devendo ser mantida a quantia arbitrada que não é ínfima ou exagerada. Recursos não providos. (TJMG - Apelação Cível n° 1.0480.12.014986-3/001, Rel. Des. Manoel dos Reis Morais, 10ª Câmara Cível, j. em 20.11.2018, p. da súmula em 30.11.2018).

Quanto ao valor da indenização, sabe-se que deve ser estipulado pelo magistrado de forma equitativa, de modo que não seja alto a ponto de importar em enriquecimento sem causa da vítima, nem baixo, sob pena de não produzir no causador do dano a sensação de punição que o leve a deixar de praticar o ato.

A respeito da reparação pecuniária em virtude do dano moral, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho lecionam:

> Na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência, como no dano material, mas, sim, função satisfatória. Quando a vítima reclama a reparação pecuniária em virtude do dano moral que recai, por exemplo, em sua honra, nome profissional e família, não está definitivamente pedindo o chamado *pretio doloris*, mas apenas que se lhe propicie uma forma de atenuar, de modo razoável, as consequências do prejuízo sofrido, ao mesmo tempo em que pretende a punição do lesante. Dessa forma, resta claro que a natureza jurídica da reparação do dano moral é sancionadora (como consequência de um ato ilícito), mas não se materializa através de uma "pena civil", e sim por meio de uma compensação material ao lesado, sem prejuízo, obviamente, das outras funções acessórias da reparação civil. (Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019. v. 3. p. 134)

A lei não indica os elementos que possam servir de parâmetro para se estabelecer o valor da indenização, apenas dispõe que deve ser pautada com base na extensão do dano sendo do prudente arbítrio do julgador tal ponderação, conforme preceitua o art. 944 do CC, *in verbis*:

> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
>
> Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto apresentam as seguintes considerações sobre o dispositivo legal supracitado:

> [...] Quanto à quantificação dos danos morais, observa-se que se tem seguido o critério bifásico, distinguindo valoração de quantificação. Na primeira fase, - de valoração -, será constatada a existência do dano extrapatrimonial pela violação a situações jurídicas existenciais. Em regra, o dano moral será *in re ipsa*, porém não basta a narração dos fatos para que o magistrado seja capaz de inferir a ofensa à dignidade da pessoa humana. Na segunda fase, haverá propriamente a quantificação do dano moral. Aqui, não mais cabe considerar o fato lesivo, porém sua extensão, seu impacto na pessoa da vítima, em vista da individualização do dano moral. Assim, a decisão judicial deverá revelar a razoável relação entre as particularidades da vítima e o valor da condenação. Neste segundo momento de quantificação, não caberá ao magistrado indagar a respeito da situação financeira do ofendido como elemento de maior ou menor impacto para o arbitramento de uma reparação. Por outro lado, revela-se determinante para a quantificação a gravidade objetiva do fato lesivo e suas consequências na subjetividade do ofendido, as quais determinarão o montante compensatório. Por isso, nos posicionamos contrariamente à tarifação ou ao tabelamento do dano. Não existem dois danos existenciais iguais, cada dano apresenta singularidades que pedem exame próprio (Código civil comentado: artigo por artigo. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 914).

Destarte, a fixação do *quantum* indenizatório por danos morais deve obedecer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observados o caráter pedagógico, punitivo e reparatório da indenização.

Sopesando as diretrizes acima apontadas, entendo que o valor da verba indenizatória no importe de R$10.000,00 (dez mil reais) se afigura suficiente para os fins a que se destina, devendo ser mantido, portanto, o valor arbitrado na sentença.

Com tais considerações, nego provimento aos recursos principal e adesivo, mantendo a sentença em todos os seus termos.

Custas recursais, pelos apelantes.

Diante da sucumbência recíproca, as custas processuais devem ser pagas na proporção de 50% (cinquenta porcento) para cada uma das partes.

Suspendo a exigibilidade das verbas sobreditas, embasada no § 3º do art. 98 do CPC.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores Amauri Pinto Ferreira e Evandro Lopes da Costa Teixeira.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

Apelação cível - Ação de despejo cumulada com cobrança de aluguel - Contrato particular de locação assinado antes do casamento - Efeitos não oponíveis à esposa que não participou da avença - Cônjuge que se retira do imóvel - Ausência de notificação ao locador - Responsabilidade solidária pelos alugueis e despesas condominiais - Ressarcimento de honorários contratuais - Descabimento.

- O contrato particular sem assinatura de testemunha e não registrado obriga apenas as partes contratantes, não sendo oponível a terceiros (art. 221, do Código Civil).

- Uma vez concluído que o contrato assinado entre o autor e o requerido não pode ser oponível à requerida, tal instrumento também não pode servir de prova, em face dela, de que os bens móveis nele listados são de propriedade do autor. Assim, a requerida não pode ser condenada a restituir ou indenizar os bens móveis elencados na inicial.

- Para que haja a sub-rogação do cônjuge que ficou no imóvel após a separação do casal no contrato de locação, o art. 12 *caput* e § 1º da Lei de Locações (nº 8.245/1991) exige a comunicação por escrito ao locador, o que não ficou demonstrado nos autos.

- O fato de a parte autora contratar advogado de sua confiança para promover uma ação judicial não gera a ocorrência de ilícito ou de dano material que deva ser ressarcido pela parte contra a qual foi manejada a ação.

Apelação Cível nº 1.0000.20.498604-6/001 - Comarca de Ipatinga - Apelantes: Luiz Otavio Nogueira de Freitas Maia, Rodrigo Torres Freitas Maia - Apelados: Luiz Otavio Nogueira de Freitas Maia, Marianne Dias Salgueiro Moreira, Rodrigo Torres Freitas Maia. Relator: Des. Luiz Carlos Gomes da Mata.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento à primeira apelação e dar parcial provimento à segunda.

Belo Horizonte, 19 de novembro de 2020. - *Luiz Carlos Gomes da Mata*. – Relator.

Voto

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Versa o presente processado sobre dois recursos de apelação, interpostos por Luiz Otávio Nogueira de Freitas Maia, (primeiro apelante/autor) e por Rodrigo Torres Freitas Maia (segundo apelante/primeiro requerido), em face da sentença proferida pela MMa. Juíza de Direito Auxiliar da 1ª Vara Cível da Comarca de Ipatinga Patrícia de Santana Napoleão que, em Ação de Despejo por Falta de Pagamento cumulada com Cobrança de Alugueis, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para: a) confirmar a liminar de reintegração de posse do autor na posse do imóvel objeto da lide, b) condenar o primeiro requerido ao pagamento do aluguel mensal de R$250,00 (duzentos e cinquenta reais) e das despesas condominiais vencidas entre junho de 2016 e 17.09.2018; c) condenar a segunda requerida, solidariamente com o primeiro requerido, os alugueis vencidos de 30.09.2016 até 17.09.2018, bem como ao pagamento das despesas condominiais no mesmo período.

O primeiro apelante (autor), Luiz Otávio Nogueira de Freitas Maia, afirma que a segunda requerida, além de permanecer no imóvel sem adimplir as despesas ordinárias, apropriou-se indevidamente dos bens pertencentes a ele, que estão descritos no contrato de locação e que guarneciam o imóvel. Diz que para a existência e validade do contrato particular, não é obrigatória a presença de testemunhas, de modo que pleiteia reconhecimento de sua higidez. Entende, ainda, que a segunda requerida deve responder pelos alugueis e despesas condominiais a partir junho/2016, e não novembro/2016, como constou na sentença. Pede para que ela seja condenada a indenizá-lo pelos bens subtraídos do imóvel e apropriados indevidamente. Pugna, ainda, pela condenação dos requeridos ao pagamento de indenização dos honorários advocatícios contratuais, equivalente a 30% (trinta por cento) do valor do débito, nos termos do art. 404 do Código Civil.

Preparo do primeiro recurso comprovado no evento 111.

O segundo apelante (1º requerido), Rodrigo Torres Freitas Maia, discorda da condenação imposta a ele relativamente ao pagamento dos alugueis e despesas condominiais, pois não mais residia no imóvel após se separar de sua esposa, segunda requerida. Diz que ao se manter a sentença tal qual proferida, restará configurado enriquecimento sem causa da segunda requerida. Afirma que, tendo a segunda requerida permanecido no imóvel locado, houve sub-rogação na posição de locatária. Esclarece que o contrato foi assinado quando ainda era solteiro, e deu-se em uma relação contratual entre pai e filho, pressupondo, assim, confiança entre os dois, razão pela qual não consta assinatura de testemunha. Pede, assim, para que seja reconhecida a higidez do contrato de locação, bem como para que seja exonerado da condenação imposta na sentença.

O preparo não foi comprovado, haja vista o pedido de justiça gratuita.

A segunda requerida apresentou contrarrazões aos dois recursos de apelação, pugnando pelo desprovimento de ambos (eventos 132 e 134).

O segundo apelante contrarrazoou a primeira apelação, mas repetiu o mesmo pedido formulado na apelação interposta por ele (evento 136).

É o Relatório. Decido.

Da primeira apelação

Conheço do recurso, visto que presentes as condições de admissibilidade.

Extrai-se dos autos que Luiz Otávio Nogueira de Freitas Maia (primeiro apelante) ajuizou ação em face de Rodrigo Torres Freitas Maia (segundo apelante) e de Marianne Dias Salgueiro Moreira, esclarecendo ter celebrado contrato de locação de imóvel com o seu filho, ora segundo apelante, quando este ainda não era casado com a segunda requerida. Disse que o contrato possuía duração de 18 meses, com início em 01.04.2015 e término em 30.09.2019. Em razão do desinteresse em renovar o contrato, notificou os requeridos em 31.08.2016 para que desocupassem o imóvel em 30 (trinta) dias. No entanto, decorrido o prazo, a segunda requerida ainda permanece no imóvel sem honrar com as despesas ordinárias, tais como alugueis e taxa de condomínio. Esclareceu que o primeiro requerido teve de sair do imóvel em meados de junho/2016. Afirmou que a segunda requerida, além de não adimplir mencionadas despesas, tem ofertado e doado bens que guarnecem o imóvel e que são de sua propriedade (do autor). Pediu, assim, a condenação dos requeridos no pagamento dos alugueis vencidos entre junho/2016 a fevereiro/2017, bem como taxas de condomínio, no mesmo período; a expedição do mandado de despejo; a indenização relativa aos honorários contratuais equivalente a 30% (trinta por cento) do débito.

Citada, a segunda requerida apresentou contestação, suscitando preliminar de ilegitimidade ativa, afirmando que, ao contrário do alegado pelo autor, ele não é proprietário do imóvel locado, mas sim o primeiro requerido, seu ex-marido. Disse que este é nu-proprietário do referido imóvel, tendo ele permitido que ela, após o divórcio, continuasse residindo no bem juntamente com o filho do casal. Afirmou jamais ter assinado contrato de locação e que os bens que guarnecem a residência foram adquiridos pelo primeiro requerido em virtude do matrimônio. Alegou que, por ocasião do divórcio, decidiu juntamente com o primeiro requerido, de forma amigável, que os bens ficariam com ela. Diante da ausência do contrato de locação, defendeu a inexistência de obrigação quanto ao pagamento das despesas pleiteadas na inicial.

O primeiro requerido não apresentou contestação.

Nos termos relatados, o magistrado de primeira instância rechaçou a preliminar de ilegitimidade da segunda requerida e julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

Compulsando autos, a sentença não merece qualquer reparo, tendo a ilustre juíza de primeira instância aplicado o direito com bastante justeza ao caso em tela.

O contrato assinado entre o autor e seu filho, primeiro requerido, antes do casamento deste, não contou com a assinatura de testemunha, não foi registrado e não há elemento suficiente a demonstrar que a data constante do instrumento corresponde à realidade. Assim, para que o instrumento particular possa ser oponível a terceiros, no caso, à segunda requerida, é preciso haver prova a respeito da veracidade do seu conteúdo, como bem destacado pela douta magistrada.

A segunda requerida afirma que ocupava o imóvel gratuitamente, declaração esta que vai ao encontro não só dos depoimentos prestados em juízo, mas também do fato de que o seu ex-marido, primeiro requerido, não trabalhava e ganhava mesada do pai.

Com efeito, a testemunha Sra. Betanea Teixeira Cunha dos Santos, depôs que trabalhou para o casal quando ainda eram casados e que, na época, o primeiro requerido não trabalhava. Assim, pertinente o apontamento da nobre julgadora, no sentido de que "se a renda do primeiro requerido vinha de mesada do pai, não é crível que pagasse aluguel ao seu próprio mantenedor".

Diante de tal cenário, é de se ver com reserva o contrato de locação juntado aos autos, o qual será considerado válido, porque, em depoimento pessoal, o primeiro requerido confessou a obrigação que lhe foi imputada pelo autor.

É verdade que o contrato particular não precisa de testemunha para existir e ser válido, mas, nessa hipótese, obriga apenas os contraentes entre si. Já os seus efeitos não se operam em face de terceiros, consoante disposto no art. 221 do Código Civil, de modo que, no caso em tela, o contrato de locação não é oponível à requerida.

Nesse sentido, mudando o que deve ser mudado, cito jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> Apelação Cível. Ação de embargos à execução de título extrajudicial. Preliminares. Intempestividade. Teoria do isolamento dos atos processuais. Encargos da locação. Alienação do imóvel. Execução da dívida. Ilegitimidade ativa do locador-alienante. Contrato particular de promessa de compra e venda não registrado. Efeitos relativos aos signatários. [...] As ressalvas constantes de contrato particular de compra e venda de imóvel não registrado obrigam os signatários entre si, mas não produzem efeitos e não criam direitos perante terceiros que não participaram do ajuste, nem dele tiveram conhecimento (art. 221 do CC). Recurso desprovido (TJMG - Apelação Cível 1.0024.17.050246-2/001, Relator: Des. Manoel dos Reis Morais, 10ª Câmara Cível, j. em 07.08.2018, p. em 17.08.2018).

Uma vez concluído que o contrato assinado entre o autor e o requerido não pode ser oponível à requerida, tal instrumento também não pode servir de prova, em face dela, de que os bens móveis nele listados são de propriedade do autor. Assim, correta a sentença ao consignar que a requerida não pode ser condenada a restituir ou indenizar os bens móveis elencados na inicial.

Por esse motivo, a requerida não pode ser condenada no pagamento de alugueis desde junho/2016, conforme pretende o apelante. A sentença foi certeira ao considerar que, pelos elementos dos autos, a relação havida entre as partes foi de comodato, de modo que o aluguel somente é devido pela requerida a partir do momento em que, instada a devolver o bem, não o fez. A posse irregular da requerida no imóvel se deu no período entre 30.09.2016 até 17.09.2018, razão pela qual correto o termo inicial fixado na sentença para pagamento dos alugueis.

Quanto ao pedido do autor de ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais, só a procedência parcial do seu pedido já demonstra descabido tal pleito.

De qualquer forma, incabível mesmo a condenação do vencido ao pagamento dos honorários acordados entre a parte contrária e seu procurador, por se tratar de relação contratual exclusivamente entre estes últimos, cujo cumprimento não cabe à parte requerida.

Nesse sentido, é o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de indenização por danos materiais. Ressarcimento. Honorários advocatícios contratuais. Jurisprudência desta corte superior. Agravo interno não provido. 1 - Consoante entendimento da Segunda Seção desta Corte, a contratação de advogado para atuação judicial na defesa de interesses das partes não se pode constituir em dano material passível de indenização, porque inerente ao exercício regular dos direitos constitucionais de contraditório, ampla defesa e acesso à Justiça. Precedentes. 2 - Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1449412/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 19.09.2019, DJe 09.10.2019).

Outro, deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> Apelação Cível. Ação declaratória de inexistência de débito. Inclusão indevida em órgão de proteção ao crédito. Danos morais configurados. Quantum indenizatório. Razoabilidade e proporcionalidade. Majoração. Possibilidade. Ressarcimento dos honorários contratuais. Impossibilidade. Ônus de sucumbência. Redistribuição. -Inexistindo parâmetros objetivos para a fixação da indenização por danos morais, deve o julgador observar a razoabilidade e a proporcionalidade, atentando para o seu caráter punitivo-educativo, e também amenizador do infortúnio causado. - Os honorários decorrentes da contratação, pelo autor, de serviços de advogado não podem ser objeto de reembolso, eis que resultam de ato voluntário do contratante, sem qualquer imposição ou interferência da parte contrária (Precedente do STJ). - Em decorrência da sucumbência recíproca, os ônus sucumbenciais devem ser distribuídos proporcionalmente entre as partes, conforme determina o art. 86, caput, do CPC. (TJMG - Apelação Cível 1.0708.12.003987-8/001, Relator(a): Desª Shirley Fenzi Bertão, 11ª Câmara Cível, j. em 05.02.2020, p. em 11.02.2020).

Assim, não há nada o que se acolher do primeiro recurso.

Da segunda apelação

O ora apelante pede a concessão da justiça gratuita.

A declaração de necessidade do benefício de assistência judiciária goza de presunção relativa de veracidade (art. 99, § 3º, CPC). Havendo indícios nos autos de realidade diversa da declarada, pode o magistrado intimar a parte a fazer prova da hipossuficiência financeira.

Da análise dos documentos referentes ao *pro labore* do ora apelante, não vejo razões para colocar em dúvida a declaração de hipossuficiência financeira, de modo que defiro a gratuidade judiciária requerida.

A respeito da discussão sobre a higidez do contrato de locação juntado aos autos, remeto o apelante aos fundamentos apresentados acima, quando da análise do primeiro recurso.

Quanto à tese de que saiu do apartamento em junho/2016 e, por isso, não pode ser compelido ao pagamento dos alugueis e demais despesas condominiais feitas em data posterior à sua saída, já que houve sub-rogação de sua ex-esposa no contrato de locação, sem razão o apelante.

De início, não é demais ressaltar a revelia do ora apelante nos autos, sendo que tal alegação deveria ter sido apresentada em defesa. De qualquer forma, sem sucesso o ora apelante em seu intento.

Primeiro, porque o contrato de locação não pode ser oponível à requerida, conforme apontei acima e, por esse motivo, não haveria como ela se sub-rogar em tal avença. Segundo, e apenas para constar, para que haja a sub-rogação, o art. 12 *caput* e § 1º da Lei de Locações (nº 8.245/1991) exige a comunicação por escrito ao locador, o que não ficou demonstrado nos autos.

Não tendo o ora apelante comunicado o autor a propósito de sua retirada do imóvel, deve responder, juntamente com a segunda requerida, pelos débitos cobrados.

Valho-me dos ensinamentos do ilustre Sylvio Capanema de Souza a propósito do assunto que, ao comentar o art. 12, § 1º da Lei nº 8.245/1991, diz o seguinte: "[...] Para que esteja apta a produzir os seus efeitos, perante o locador e o fiador, é indispensável que a sub-rogação, nos casos previstos nos artigos 11 e 12, seja a eles comunicada, e por escrito".

> Não há necessidade de notificação judicial. O que a lei quer é que o fato chegue, de maneira inequívoca, ao conhecimento do locador e do fiador, até para que possam eles adotar as medidas cabíveis para que se opere a sub- rogação. Se não comunicada ao locador, não produz a sub-rogação os seus efeitos, permanecendo a responsabilidade do locatário original (SOUZA, Sylvio Capanema de. In: A lei do inquilinato comentada: artigo por artigo. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 104).

Destarte, o segundo recurso deve ser acolhido apenas para deferir ao apelante os benefícios da gratuidade judiciária.

Feitas tais considerações, nego provimento à primeira apelação e dou parcial provimento à segunda, apenas para deferir ao segundo apelante os benefícios da justiça gratuita.

Custas de cada recurso, pelo respectivo apelante, mínimo que foi acolhimento do segundo recurso.

Considerando que ao primeiro recurso foi negado provimento, majoro os honorários advocatícios fixados em favor do advogado da segunda requerida em 3% (três por cento) do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11 do Código de Processo Civil, observando-se a distribuição feita em primeira instância.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator o Desembargador José de Carvalho Barbosa e a Juíza de Direito Maria das Graças Rocha Santos.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO À SEGUNDA.

Apelação cível - Retificação de registro civil - Alteração dos apelidos de família - Inclusão de patronímico materno - Excepcionalidade - Justa motivação - Inocorrência - Possibilidade de prejuízo a terceiros - Modificação - Inadmissibilidade - Pedidos julgados improcedentes - Sentença Mantida.

- A regra da impossibilidade relativa de alteração do nome civil preconiza que o nome, prenome e sobrenome, estabelecidos por ocasião do nascimento, revestem-se do caráter de definitividade, admitindo-se, no entanto, a sua modificação, excepcionalmente, nas hipóteses expressamente previstas em lei ou reconhecidas como excepcionais por decisão judicial, como dispõe o art. 57 da Lei nº 6.015/1973, exigindo-se, para tanto, justo motivo e ausência de prejuízo a terceiros.

- Diante da ausência de erro ou situação excepcional que autorize a modificação do assento de Registro Civil, não se admite a alteração ou inclusão de sobrenome (patronímico da ascendência materna) apenas porque é desejado por seu titular, mormente quando não resta comprovada a ausência de prejuízos a terceiros.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.20.512649-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Maria Eduarda Silva Santos, Mônica de Jesus Silva Santos - 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, 5 de novembro de 2020. - *Elias Camilo Sobrinho* - Relator.

Voto

DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO - Trata-se de recurso de apelação contra a sentença de Ordem 76-PJe, que, nos autos da ação de retificação de registro civil ajuizada pelas ora apelantes, julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando as requerentes ao pagamento das custas e despesas processuais, suspensa a exigibilidade em razão dos benefícios da assistência judiciária gratuita deferida.

Com as razões recursais de Ordem 79-PJe, pugnam as recorrentes, em suma, pela reforma da sentença, com a procedência dos pedidos iniciais, ao fundamento de que

> pretendem, comprovando ausência de prejuízos a terceiros e aos demais sobrenomes de família, a inclusão dos patronímicos "Castro" e "Melo" em seus respectivos registros civis com intuito de facilitar o reconhecimento social, preservar a identidade ancestral, resguardar suas origens e restaurar a referência familiar, visto que não adquiriram quaisquer sobrenomes oriundos da família materna.

Aduzem que desejam apenas resguardar a sua origem, haja vista que a alteração pretendida não prejudicará os apelidos de família, não acarretará prejuízo a terceiros e nem aos Registros públicos, pois a referida inclusão não gerará perda de personalidade das mesmas.

Sem contrarrazões.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, opinando pelo desprovimento do recurso (Ordem 85-PJe).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso voluntário.

Ab initio, insta salientar que quanto ao nome das pessoas, a regra geral é a da sua imutabilidade, uma vez que o nome civil encontra-se intimamente ligado à identidade da pessoa, sendo a forma pela qual ela é identificada no meio social, estando em vigor, no Direito Pátrio, a regra da "inalterabilidade relativa", segundo a qual o nome - prenome e sobrenome -, estabelecidos por ocasião do registro de nascimento, alcança ares de definitividade, admitindo-se a sua modificação, excepcionalmente, nas hipóteses expressamente previstas em lei ou reconhecidas como excepcionais por decisão judicial.

Em reforço, tem-se que a Lei nº 6.015/1973, que disciplina os registros públicos, preconiza, como regra, o princípio da imutabilidade. Porém, excepcionalmente, permite a sua retificação mediante requerimento do próprio interessado devidamente motivado ou para a substituição por apelidos públicos notórios. Vejamos:

> Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta lei [...].

Cabe ao interessado comprovar, portanto, a existência de vícios no registro ou de relevante afronta à sua dignidade para que se proceda à retificação.

No caso vertente, as apelantes pretendem a retificação em seus respectivos assentos de nascimento no Registro Civil, para que passe a constar os patronímicos "Castro" e "Melo" em seus respectivos registros civis com intuito de facilitar o reconhecimento social.

Ocorre que, ao contrário do que foi sustentado, não restou comprovado erro de registro ou constrangimento que implique em afronta à dignidade das apelantes, não se tratando de nome vexatório ou intolerável socialmente.

Isso porque, diante da ausência de erro ou situação excepcional que autorize a modificação do assento de Registro Civil, não se admite a alteração ou inclusão de sobrenome (patronímico da ascendência materna) apenas porque é desejado por seu titular, mormente quando não resta comprovado nos autos a ausência de prejuízos a terceiros.

O requerimento de alteração do nome não é questão de gosto ou de preferência do indivíduo. A finalidade da retificação do nome civil é assegurar a correspondência entre a realidade e o registro, a fim de preservar a certeza do assento público, sem se negligenciar o sentido de definitividade que se colhe da Lei de Registros Públicos.

O princípio da imutabilidade dos registros civis procura garantir a segurança dos meios de identificação dos indivíduos na sociedade. A livre deliberação de ambos os pais que omitem algum sobrenome ao efetuar o registro civil de filho, só por si, não caracteriza justo motivo (erro) para alteração do nome desse filho, com a consequente inclusão de sobrenome omitido.

Insta salientar que para a alteração do registro civil, é necessário que o Requerente traga aos autos um mínimo de convicção, que outorgue ao Julgador a segurança necessária para atender à invocação jurisdicional, não sendo este, todavia, o caso dos autos.

Ressalta-se que o fato de não constar os sobrenomes "Castro" e "Melo" em seus respectivos registros, não acarreta nenhum prejuízo às apelantes quanto à identificação de sua ascendência materna, sendo que a alteração pretendida não se reveste da excepcionalidade e fundamentação requisitadas pela legislação pertinente.

Logo, mostra-se temerária o deferimento da pretensão, uma vez que as pretendidas alterações podem causar prejuízos a terceiros e à administração da justiça.

Com efeito, em que pese as alegações das apelantes, forçoso reconhecer que a hipótese indicada não se revela suficiente para demonstrar a necessidade de modificação do registro civil.

A propósito, em caso análogo, destaca-se da precedência deste egrégio Tribunal de Justiça:

> Apelação cível. Retificação de nome civil. Sobrenome paterno. Fato apontado que não pode ser considerado erro que justifique o pedido de retificação. Inalterabilidade e segurança jurídica. Situação excepcional ou justo motivo não demonstrados. Sentença inalterada. - O nome civil é regido pelo preceito da inalterabilidade e amparado pela ideia de segurança jurídica, razão pela qual a alteração imotivada apenas se mostra possível quando demonstradas quaisquer das hipóteses insertas no art. 57 da Lei nº 6.015/73. O pedido injustificado de alteração do nome civil, sem prova quanto a eventual prejuízo ou constrangimento efetivo advindo do registro ou atendimento das disposições insertas na legislação de regência da matéria, não merece ser acolhido, devendo ser mantida a improcedência determinada em primeiro grau. A circunstância de grafia do sobrenome de forma distinta da pretendida não se mostra como motivo suficiente à modificação do registro civil pretendida (TJMG, Apelação nº 1.0000.17.038119-8/001, Rel. Des. Moacyr Lobato, 5ª Câmara Cível, p. em 17.08.2017).

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo 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 Jair Varão e Maurício Soares.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Cível - Procedimento de jurisdição voluntária - Ausência de vício de fundamentação da sentença - Bem doado com cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade - Sub-rogação dos ônus para quota-parte de bem em condomínio indivisível - Inviabilidade.

- Consoante dispõe o art. 723, parágrafo único, do Código de Processo Civil, nos procedimentos de jurisdição voluntária, "o juiz não é obrigado a adotar critério da legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que entender mais conveniente ou oportuna".

- Não há que falar em nulidade da sentença na hipótese em que o pleito do interessado foi negado pelo juízo singular com base nos elementos existentes nos autos e no convencimento motivado externado no *decisum* fustigado.

- A cláusula de inalienabilidade imposta aos bens por ato de liberalidade implica impenhorabilidade e incomunicabilidade, sendo autorizada a alienação do bem clausulado por conveniência econômica do donatário, mediante autorização judicial, devendo o produto da venda se converter em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros. (Inteligência do art. 1.911, parágrafo único, do Código Civil).

- Independente do valor do bem para o qual se postula a transferência das restrições da propriedade lançadas sobre o imóvel doado, resta inviabilizada a sub-rogação, na hipótese em que novo imóvel sobre o qual as restrições seriam lançadas, trata-se de bem indivisível em copropriedade, ao risco de se estender à cota parte dos demais proprietários a impenhorabilidade e a inalienabilidade do patrimônio fora das hipóteses legais.

Apelação Cível nº 1.0000.20.537230-3/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Sergio Mattos Barbosa. – Relator: Des. Fernando Lins.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em rejeitar a preliminar arguida pelo apelante e negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 09 de dezembro de 2020. - *Fernando Lins*. – Relator.

Voto

DES. FERNANDO LINS - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Sérgio Mattos Barbosa, contra a sentença prolatada pelo juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora (evento nº

16) que, no âmbito do procedimento de jurisdição voluntária de expedição de alvará judicial para autorizar a sub-rogação da cláusula de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade, lançada sobre imóvel recebido em doação para outro bem de propriedade do interessado, indeferiu o pleito formulado.

Em suas razões, prefacialmente, argui o interessado preliminar de nulidade do *decisum* primevo. Para tanto, assevera que o julgador prolatou sentença indeferindo o pleito exordial partindo de pressuposto equivocado, qual seja, que o pedido se voltaria à anulação das cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade lançadas no imóvel recebido por doação, o que desaguaria na dilapidação do patrimônio, consequência esta que seria contrária aos objetivos visados pelo doador, ao lançar os ônus sobre o bem. Argumenta que, ao contrário do que concluiu o d. sentenciante, o pedido inicial volta-se à autorização para a sub-rogação dos ônus existentes no imóvel que lhe fora doado, transferindo-o para outro bem de sua propriedade.

Advoga, ainda, que teve o seu direito de defesa cerceado, pois o juízo primevo, antes de proceder ao julgamento do pleito, deveria ter autorizado a avaliação dos imóveis, nos moldes requeridos, oportunidade na qual seria possível verificar que a cota-parte do bem de sua propriedade e para o qual se pretendia transferir as cláusulas restritivas possui valor superior ao que lhe fora doado.

Prosseguindo, sustenta que a legislação pátria não veda o pedido de sub-rogação de ônus fundado no interesse econômico do proprietário do imóvel clausulado. Destaca que, da leitura do art. 1.911, parágrafo único, do Código Civil, verifica-se claramente que a conveniência econômica é uma das causas de pedir expressamente indicadas para possibilitar o pedido de sub- rogação.

Assevera, ademais, que a legislação civil também não obsta a sub-rogação na hipótese de o donatário do imóvel clausulado ser proprietário de outros bens livres. Afirma, nesse passo, que não pretende alienar os demais imóveis que possui, pois são de natureza comercial e os frutos deles provenientes lhe garante renda para a sua subsistência.

Argumenta que, com a crise da COVID-19, vários imóveis comerciais que detém em regime de copropriedade foram desocupados. Além disso, destaca que diversos locatários estão com os aluguéis atrasados, o que ensejou a propositura de ações de cobrança e despejo. Nesse contexto, defende que, no momento presente, verifica-se a necessidade de venda do bem que lhe fora doado e do qual não se vale para moradia, autorizando a sub-rogação pretendida.

Informa que os demais proprietários do imóvel para o qual se pretende a transferência dos ônus manifestaram a sua expressa concordância de imposição das cláusulas restritivas na quota-parte que lhe pertence, denotando, de forma inequívoca, a ausência de impedimento para a transferência requerida.

Por fim, salienta que, autorizada a avaliação judicial em ambos os imóveis, restará claramente demonstrada a possibilidade da sub-rogação pretendida, uma vez que ficará evidenciado que a cota-parte do bem oferecido à sub-rogação possui valor equivalente ou superior ao que lhe fora doado.

À luz dos fundamentos expostos, requer o provimento do recurso para que seja cassada a sentença e determinado o retorno dos autos à origem para que seja realizada a perícia, nos moldes pretendidos.

É o Relatório.

Preliminares arguidas pelo apelante

Nulidade da sentença por vício de fundamentação

O apelante, em suas razões, argui preliminar de nulidade do *decisum* primevo por vício de fundamentação. Para tanto, assevera que o julgador prolatou sentença indeferindo o pleito exordial partindo de pressuposto equivocado, qual seja, que o pedido inicial voltaria-se à anulação das cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade lançadas no imóvel recebido por doação, o que desaguaria na dilapidação do seu patrimônio, consequência esta que o doador tentou evitar ao lançar as referidas cláusulas restritivas. Argumenta que, ao contrário do que concluiu o d. sentenciante, o pedido inicial volta-se à autorização para a sub-rogação dos ônus existentes no imóvel que lhe fora doado, transferindo-o para outro bem de sua propriedade.

Ao exame da sentença fustigada, verifica-se que, ao contrário do que defende o postulante, o magistrado primevo narrou adequadamente os fatos articulados na inicial, tendo julgado o pedido formulado pelo interessado nos limites propostos. No entanto, entendeu o julgador que, mesmo tratando-se de pedido de sub-rogação, não seria o caso de autorizá-lo, ao fundamento de que:

> Na hipótese, a alegação informada pelo suplicante não restou demonstrada e, também, não se mostra plausível, até porque, ao que parece, o requerente possui bens outros livres. Ademais, a finalidade da doação é específica e única: evitar dissipação do bem, e a pretensão do requerente funda-se especificamente em interesse econômico, incapaz de justificar a transformação da vontade legalmente imposta de restrição e dissipação do bem.

Vale ressaltar que, tratando-se de jurisdição voluntária, o Código de Processo Civil, em seu art. 723, parágrafo único, consigna expressamente que "o juiz não é obrigado a adotar critério da legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que entender mais conveniente ou oportuna".

Em suma, é de reconhecer que o pleito do interessado foi negado pelo juízo singular, com base nos elementos existentes nos autos e no convencimento motivado externado no julgado, inexistindo, portanto, nulidade de fundamentação no *decisum* fustigado.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, por vício de fundamentação arguida pelo apelante.

Por outro lado, examinando detidamente as razões do apelo, verifica-se que a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa arguida pelo apelante, na realidade, diz respeito ao mérito do requerimento formulado e como tal será examinado.

Assinalo, por oportuno, que, não obstante o recorrente tenha formulado em grau recursal somente pedido para cassação da sentença por força das nulidades apontadas, extrai-se das razões recursais

que este almeja seja examinada a possibilidade de expedição de alvará autorizando a sub-rogação de ônus pretendida, trazendo fundamentos para embasar a reforma da sentença, sendo certo que "a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé" (art. 322, § 2º, do CPC).

Mérito

Ao exame dos autos, verifica-se que o interessado recebeu por doação um imóvel matriculado no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Juiz de Fora sob o nº 40.980 (apt. 602, com área construída de 240,1m², parte integrante do Edifício Residencial Sant Patrick, com duas vagas de garagem e um terração privativo, situado na Rua Ministro Amarilio Lopes Salgado, nº 215, Bairro Cascatinha, na cidade de Juiz de Fora/MG), o qual fora gravado com as cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade, sendo ele o titular exclusivo do bem (evento nº 5).

Pretende o interessado seja autorizada a sub-rogação das cláusulas restritivas que recai sobre o bem a ele doado para outro imóvel por ele recebido por herança (evento nº 6), do qual detém a quota-parte de 1/4 de 525/1000 (Loja comercial e sobreloja nº 618, com frente para a Rua Halfeld, com área construída de 157,7m², matriculado junto ao Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Juiz de Fora sob o nº 49.771).

Quanto ao procedimento de jurisdição voluntária, dispõe o CPC: "Art. 720. O procedimento terá início por provocação do interessado, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, cabendo-lhes formular o pedido devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial".

Por outro lado, o Código Civil, quanto às cláusulas restritivas, dispõe em seu art. 1.711, parágrafo único:

> Art. 1.911. A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade.
>
> Parágrafo único. No caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros.

Extrai-se da norma supra, sem necessidade de grande esforço hermenêutico, que o pedido de sub-rogação das cláusulas restritivas ao direito de propriedade pode ter por fundamento a conveniência econômica do donatário, bem como que não há óbice ao deferimento do referido pleito quando o proprietário do imóvel clausulado possuir outros bens. A propósito:

> Apelação cível. Jurisdição voluntária. Pedido de expedição de alvará com autorização da venda de bem gravado com cláusula de inalienabilidade. Fruto de doação. Possibilidade de flexibilização do gravame à luz da função social da propriedade. Recurso provido. - Da análise conjugada dos artigos 1.848, § 2º e 1.911, § único, ambos do Código Civil, depreende-se que o bem gravado

> com cláusula de inalienabilidade somente poderá ser vendido mediante autorização judicial, desde que haja justa causa/conveniência econômica para a relativização do gravame e, ainda, converta-se o produto da alienação em outros bens, os quais ficarão sub-rogados no ônus daquele primeiro, preservando-se a disposição de última vontade do falecido doador e também a função social da propriedade (TJMG - Apelação Cível 1.0000.19.014720-7/001, Relator: Des. Mota e Silva, 18ª Câmara Cível, j. em 09.07.2019, p. em 09.07.2019).

Não obstante, no caso *sub examine*, entendo que o bem indicado pelo interessado não é hábil a receber a imposição restritiva da propriedade, nos moldes pretendidos.

Emerge dos autos que o imóvel para o qual o interessado requer a transferência das cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade, trata-se de bem indivisível em copropriedade. Embora o postulante afirme que possui a anuência de todos os proprietários do imóvel apta a possibilitar a transferência dos ônus (declarações juntadas em grau recursal), não é o que se verifica dos autos. Com efeito, na matrícula do imóvel comercial, há a indicação de que os seus proprietários seriam Marina Barbosa Alvim, Manuelitta Mattos Barbosa, Sérgio Mattos Barbosa, Vera Lúcia Rosa Barbosa, Catarina Mattos Barbosa de Oliveira, Lúcio Vaneli de Oliveira, sem que tenha vindo ao feito declaração assinada por todas as pessoas ali indicadas. Observa-se, ainda, que Georgina Maria Barbosa, falecida tia do apelante, ainda é indicada como coproprietária do imóvel, sem notícia de abertura de inventário para a sua partilha.

Ademais, não é possível aferir dos documentos coligidos aos autos se todos primitivos titulares do imóvel já faleceram, com eventual transferência da propriedade em razão da sucessão às pessoas que assinaram as declarações inseridas no evento nº 20.

Ainda se assim não fosse, a meu aviso, a sub-rogação pretendida pelo apelante restaria vedada.

No caso em apreço, conforme ressaltado, o imóvel sobre o qual pretende o autor sejam transferidas as cláusulas incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade trata-se de um bem indivisível e em copropriedade.

Como cediço, a existência de coproprietários de bem indivisível não impede a penhora da quota-parte que cabe ao devedor. A legislação civil garante apenas aos demais condôminos não devedores a preferência na arrematação do bem, em igualdade de condições, ou recebimento da sua quota parte quando da sua alienação em hasta pública.

Assim sendo, a transferência dos ônus do imóvel recebido por doação pelo postulante, do qual ele é titular exclusivo, para parte de bem do qual o interessado é coproprietário, acarretaria na indisponibilidade de todo o imóvel, tornando-o inalienável, fazendo com que eventual penhora que recaísse sobre a cota-parte dos demais titulares do domínio perdesse total eficácia. Não se desconhece que o patrimônio pode ser declarado e registrado, por ato voluntário, não sujeito à execução, como bem de família na forma da lei (arts. 1.711 e seguintes do Código Civil). Todavia, a proteção autorizada legalmente exige outros requisitos, os quais não se encontram demonstrados nos autos.

Em suma, autorizar a sub-rogação pretendida pelo apelante tornaria indisponível a cota-parte de bem comercial pertencente aos demais proprietários, sem o exame do preenchimento dos requisitos legais para tanto.

Assinalo, por oportuno, que não passou desapercebido o fato de que sobre 50% (cinquenta por cento) do imóvel comercial em comento, restam lançadas as cláusulas restritivas da propriedade. Não obstante, os referidos ônus recaem somente na cota-parte de um dos primitivos proprietários do bem, pois, ao que tudo indica, eles foram impostos desde a aquisição do imóvel, conforme consta da averbação inserida na matrícula do bem. Logo, não há como se olvidar que a situação ora narrada é distinta da examinada nos presentes autos.

Mutatis mutandis, nesse sentido já se pronunciou este Tribunal de Justiça:

> Apelação cível. Jurisdição voluntária. Pretensão de sub-rogação de bens doados com cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade para imóvel cuja titularidade não é exclusiva da parte autora. Improcedência do pedido inicial. Sentença mantida. Recurso a que se nega provimento. - O parágrafo único do art. 1.911, do Código Civil, prevê a possibilidade de sub-rogação dos imóveis gravados com cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade por outros bens, mediante prévia autorização judicial. Contudo, em se tratando de bem gravado com tais cláusulas, a pretensão de sub-rogação não pode se dar em imóvel que já está em condomínio, de titularidade conjunta, decorrente do regime de bens firmado entre os titulares do domínio, mormente quando o valor da meação do bem oferecido não atinge o dos bens clausulados. - Oportunizada a substituição do bem ao qual a parte pretende a sub- rogação, mantendo-se a mesma inerte, deve ser confirmada a improcedência do pedido inicial (TJMG - Apelação Cível 1.0132.12.001539-2/001, Relator: Des. Roberto Vasconcellos, 18ª Câmara Cível, j. em 08.11.2016, p. em 16.11.2016).

E, ante as conclusões acima expostas, afigura-se irrelevante a quantificação do valor dos imóveis. Registre-se, por oportuno, que a mesma conclusão é de ser alcançada em relação ao pedido formulado em primeiro grau, pois, tendo em vista os fundamentos da sentença para a rejeição do requerimento formulado pelo interessado, a avaliação judicial, de igual modo, seria desnecessária.

Em face do exposto, rejeito a preliminar de nulidade arguida pelo apelante e nego provimento ao recurso.

Custas pelo recorrente.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Lílian Maciel e Fernando Caldeira Brant.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR ARGUIDA PELO APELANTE E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Princípio da dialeticidade recursal - Ação indenizatória - Responsabilidade civil consumerista - Falha de método contraceptivo - Gravidez não planejada - Ação movida em face da fabricante e da operadora do plano de saúde - Ausência de defeito no produto - Risco que razoavelmente se espera - Ausência de erro médico - Obrigação de meio - Demanda improcedente.

- Atende ao princípio da dialeticidade o recurso cujas razões veiculam argumentos fáticos e jurídicos deduzidos com o propósito de combater os fundamentos da decisão recorrida.

- A operadora de plano de saúde que fornece o método contraceptivo responde solidariamente com a fabricante por defeito do produto, assim como responde pelo erro cometido pelo médico credenciado do plano.

- A responsabilidade civil por fato do produto (art. 12, CDC) prescinde da comprovação de culpa do fornecedor por ser objetiva, mas pressupõe sempre a existência de defeito, seja no produto em si, seja nas informações necessárias para seu uso.

- É cediço que no atual estágio de desenvolvimento das ciências médicas e farmacêuticas ainda não foram desenvolvidos métodos contraceptivos cem por cento eficazes, razão pela qual a falha é um risco que razoavelmente se espera do produto.

- A ausência de eficácia absoluta do dispositivo intrauterino (DIU) não configura defeito do produto para fins de responsabilização civil do fabricante pela ocorrência de gravidez não planejada, notadamente se o índice de falha é expressamente informado na bula.

- A responsabilidade civil da operadora do plano de saúde por erro cometido pelos médicos credenciados e cooperados tem natureza objetiva, isto é, independe da demonstração de culpa da própria operadora em relação ao evento danoso, todavia, não prescinde de prova da culpa do médico, posto que a responsabilidade deste é subjetiva.

- A obrigação assumida pelos médicos em relação aos pacientes é de meio, não de resultado, salvo nos casos de cirurgia estética.

- Ausente a demonstração de erro médico, não há que se falar em condenação da operadora do plano de saúde ao pagamento de indenização pela falha no método contraceptivo utilizado pelo paciente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.20.537736-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Eunice Alves Prates de Souza - Apelado: Injeflex Indústria e Comércio de Dispositivos e Produtos

Médicos Ltda. - EPP, Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico - Relator: DES. ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 03 de dezembro 2020. - *Adriano de Mesquita Carneiro* - Relator.

Voto

DES. ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO - Trata-se de apelação cível, interposta por Eunice Alves Prates de Souza contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 23ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, nos autos da ação indenizatória que a apelante move em face da Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico e de Injeflex Indústria e Comércio de Dispositivos e Produtos Médicos Ltda. - EPP.

A sentença (Ordem 148) julgou improcedentes os pedidos da inicial e condenou a autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, suspendendo, porém, a exigibilidade de tais verbas em razão da gratuidade de justiça deferida à autora.

No recurso (Ordem 153) a autora (apelante) se insurge contra a sentença alegando que, a despeito de não ter restado comprovado qualquer defeito no DIU (dispositivo intrauterino), tem direito a ser indenizada pelos danos materiais e morais devido aos grandes transtornos que a gravidez indesejada lhe causou.

Argumenta que "o fato da apelante ter vários problemas de saúde e procurar um método seguro para não engravidar já são razões suficientes [sic] para ser indenizada".

Afirma que independentemente do DIU ser ou não defeituoso, o fato é que o método contraceptivo falhou e ela engravidou. Nessa toada, aduz que a obrigação dos médicos e da empresa fabricante do DIU é de resultado, não de meio.

Pugna, pois, pelo conhecimento e provimento do recurso e pela consequente reforma da sentença para que seus pleitos indenizatórios sejam julgados procedentes.

As duas rés (apeladas) apresentaram contrarrazões (Ordem 159 e 161), tendo ambas arguido preliminar de inadmissibilidade da apelação por violação ao princípio da dialeticidade e impugnado as alegações recursais, rogando, ao fim, pelo não conhecimento ou, subsidiariamente, pelo desprovimento do apelo.

Do necessário, é o relatório.

Juízo de admissibilidade.

As apeladas erigem em contrarrazões preliminar de não conhecimento da apelação, alegando que as razões recursais não impugnam especificamente os termos da sentença.

Sem razão.

Da leitura da sentença, extrai-se que o Juízo *a quo* julgou improcedentes os pedidos de indenização sob o fundamento de que "não restou comprovado que a gravidez da autora tenha ocorrido em razão da existência de defeito no dispositivo intrauterino DIU fabricado pela ré".

Adiante, o MM. Magistrado ressaltou que "não se vislumbrou ocorrência de negligência, tampouco foi constatado que o médico teria assegurado absoluto resultado ao método anticoncepcional, a ponto de se vislumbrar falha no dever de informação".

Nas razões recursais, ainda que forma sucinta, a apelante sustenta exatamente que o defeito do produto não é necessário para que haja dever indenizar. Argumenta, ainda, que é irrelevante que o médico não tenha assegurado a eficácia absoluta do método contraceptivo, por tratar-se de obrigação de resultado.

Destarte, verifica-se que a apelante se insurgiu contra os fundamentos lançados na sentença, atendendo, assim, ao princípio da dialeticidade recursal.

Isso posto, rejeito a preliminar suscitada em contrarrazões e conheço do recurso em seus regulares efeitos devolutivo e suspensivo, visto que a apelação é cabível, foi interposta tempestivamente, a petição cumpre as exigências legais e o recolhimento do preparo está dispensado, por ser a apelante beneficiária da gratuidade de justiça.

Mérito.

Colhe-se dos autos que em meados do ano 2012, desejando não mais engravidar, a apelante procurou um médico conveniado ao seu plano de saúde (operado pela apelada Unimed) e, após realizar exames e receber as orientações do médico, optou por utilizar o DIU como método contraceptivo.

O DIU, modelo "OPTIMA 380 A", lote nº 112157, fabricado pela apelada Injeflex, foi fornecido pela Unimed e implantado pelo médico no útero da apelante em 30.04.2012 e não houve intercorrências na fase de adaptação.

Desde então a apelante passou a realizar anualmente exames de ultrassom para verificar se o DIU continuava bem posicionado. A última ultrassonografia realizada pela apelante, em 13.10.2015, atestou que o DIU estava bem posicionado e não apontou nenhuma anormalidade.

Em 25.05.2016, porém, ao realizar exames preparatórios para um procedimento cirúrgico ao qual seria submetida, a apelante foi surpreendida com a notícia de que estava grávida, já se encontrando no segundo mês de gestação.

A apelante relata que a gravidez não planejada causou-lhe inúmeros e graves transtornos de ordem patrimonial e psicológica, inclusive porque a gestação foi de alto risco, devido ao rompimento precoce da placenta.

Diante disso, a apelante veio a Juízo pleitear da Injeflex e da Unimed indenizações pelos danos materiais e morais que sofreu em razão da gravidez não planejada.

Após regular processamento, sobreveio a sentença objeto do presente recurso, que julgou improcedentes os pedidos por ausência dos pressupostos da responsabilidade civil.

A controvérsia posta em deslinde cinge-se, portanto, à possibilidade de imputar-se às apeladas a obrigação de indenizar os danos sofridos pela apelante.

Pois bem.

Inicialmente, impende-se esclarecer que, no caso dos autos, em tese, a responsabilização civil da Unimed poderia decorrer tanto do defeito do produto como do erro médico. É que, por um lado, tendo em vista que o DIU foi fornecido à apelante pela Unimed, esta responde solidariamente com a fabricante por eventuais defeitos do produto. Lado outro, na qualidade de operadora do plano de saúde, a Unimed responde solidariamente com o médico cooperado por eventual erro por ele cometido.

Já a responsabilização civil da Injeflex, fabricante do DIU, decorre, em tese, do defeito do produto.

Isso posto, há que se rechaçar desde logo a principal tese recursal da apelante, segundo a qual a ausência de defeito do DIU não expungiria a obrigação das apeladas de indenizarem os danos decorrentes da gravidez indesejada.

Ao contrário do que sustenta a apelante, a responsabilidade objetiva - que é ínsita à relação de consumo existente entre as partes - somente torna despicienda a comprovação de culpa do fornecedor, mas não dispensa a demonstração de que o produto contém algum defeito. Significa dizer que, para que o fornecedor seja responsabilizado, é imprescindível que o produto seja defeituoso, inobstante seja irrelevante perquirir se tal defeito foi causado por negligência, imprudência ou imperícia na produção, armazenamento, transporte, etc. Com efeito, a redação do art. 12, *caput*, do CDC, é clara e inequívoca no sentido de que a responsabilização civil dos fornecedores pelo fato do produto pressupõe a existência de defeito, seja no produto em si, seja nas informações necessárias para seu uso. Confira-se:

> 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.

In casu, ao longo da fase instrutória não foi produzida nenhuma prova, nem sequer apresentado qualquer indício, de que o DIU implantado na apelante tinha algum defeito de fabricação que diminuísse sua eficácia contraceptiva. Cito, por oportuno, a conclusão do laudo da prova pericial produzida em Juízo (Ordem 109'), bem como as respostas dadas pelo perito a alguns dos quesitos formulados pela Injeflex:

> XII - Comentários e Conclusão do Perito Oficial:
>
> [...]
>
> Diante o exposto acima, este expert expõe que não foram encontrados indícios/fundamentação que sugiram ou caracterizem vício ou falha do dispositivo citado, bem como desvios ou falhas de conduta ao atendimento médico prestado, tendo a periciada apresentado resultado gestacional possível, apesar da baixa probabilidade, conforme evidências científicas.
>
> [...]
>
> XIII - Quesitos do Réu: (id. 59658194)
>
> [...]
>
> 7. O produto usado pela Autora apresentou qualquer irregularidade? É possível afirmar se este apresentou aptidão ao uso a que se destina?
>
> R: Não restou comprovado. Sim.
>
> 8. Queira o Sr. Perito esclarecer se o produto utilizado pela Autora apresenta algum vício de fabricação.
>
> R: Não restou caracterizado.

Ademais, o fato de o DIU não assegurar 100% (cem por cento) de eficácia contraceptiva não caracteriza defeito, até mesmo porque, como cediço, até o presente momento as ciências médicas e farmacêuticas ainda não foram capazes de desenvolver um método contraceptivo absolutamente infalível.

Segundo o § 1º, inciso II, do supracitado art. 12, do CDC, "o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais [...] o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam".

Assim, tratando-se de método de contracepção, a gravidez indesejada é um risco que razoavelmente se espera do produto, devido à inexistência de método infalível, a não ser a abstinência sexual.

Nessa toada, poder-se-ia considerar o produto defeituoso caso o índice de falha não fosse informado pela fabricante, hipótese em que estaria caracterizado defeito por informação insuficiente sobre os riscos do produto. No caso dos autos, porém, essa hipótese é incogitável, visto que a própria apelante informou na petição inicial que na bula do DIU encontra-se em destaque a seguinte informação: "Informação importante - Eficácia contraceptiva deste produto de 99,2% (noventa e nove vírgula dois por cento) a 99,4% (noventa e nove vírgula quatro por cento) ".

Destarte, malgrado a irresignação da apelante, não havendo defeito no DIU, não há fundamento jurídico para obrigar a apelada, Injeflex, a indenizar os danos morais e materiais advindos da gravidez indesejada.

Noutro norte, a despeito da ausência de defeito no produto, no tocante à Unimed, como já destacado, a responsabilidade civil poderia decorrer também de erro médico.

Cumpre rememorar que a responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde pelos erros cometidos por médicos credenciados (ou cooperados, como é o caso da Unimed) tem natureza objetiva, isto é, independe da demonstração de culpa da própria operadora do plano em relação ao evento danoso. Conquanto objetiva, a responsabilidade não é autônoma, mas solidária, estando adstrita, portanto, aos limites da responsabilidade do próprio médico, esta sim de natureza subjetiva. Assim, é imprescindível a prova de culpa do médico credenciado ou cooperado, hipótese em que estará caracterizada a responsabilidade deste e, por conseguinte, a responsabilidade solidária da operadora do plano.

Ocorre que no caso em tela não há qualquer indicativo de que a falha no método contraceptivo foi ocasionada por imperícia na colocação do DIU ou por negligência no acompanhamento da apelante nos anos que se seguiram à implantação do DIU. Outrossim, nada leva a crer que o DIU não fosse o método contraceptivo indicado para a apelante.

Aliás, tais hipóteses nem sequer foram aventadas pela apelante na inicial. Apesar disso, a ocorrência de erro médico foi perquirida na prova pericial. Assim, o perito, após examinar a apelante, ouvir os relatos dela sobre os fatos e analisar toda a documentação médica coligida no processo, não vislumbrou indícios de erro médico, como se depreende da parte conclusiva do laudo e das respostas dadas aos dois últimos quesitos formulados pela Unimed:

> XII - Comentários e Conclusão do Perito Oficial:
>
> [...]
>
> Ao exame médico pericial ficou constatado quadro compatível com implante de DIU de cobre em 30.04.2012, com boa evolução e sem intercorrências, seguida de acompanhamento médico regular anual conforme relato da pericianda, evidenciando correta implantação e posicionamento do dispositivo, de acordo com ultrassonografia acostada aos autos (id 6537082) datada de 13.10.2015 e sinais de eficácia satisfatória, decorrente de evolução contraceptiva por 04 anos. [...]
>
> Quesitos do Réu: (id 60233935) [...]
>
> 5. De acordo com os exames de imagem anexados ao processo, há algo sugestivo de equívocos na inserção e posicionamento do DIU? R: Não restou comprovado.
>
> 6. Mediante análise dos documentos do processo, os médicos assistentes proporcionaram o acompanhamento necessário, bem como solicitaram os exames de imagem previstos para verificar o correto posicionamento do DIU?
>
> R: Sim.

Quanto à derradeira alegação recursal da apelante, qual seja, de que a obrigação dos médicos seria de resultado, cumpre rechaçá-la sem maiores delongas.

Primeiro porque não há argumento plausível hábil a sustentar a tese de que o médico estaria obrigado a garantir que a apelante não viria a engravidar, uma vez que o próprio método contraceptivo por ela utilizado não é 100% (cem por cento) eficaz.

Segundo porque há muito se firmou em âmbito doutrinário e jurisprudencial o entendimento de que a obrigação assumida pelos médicos em relação aos pacientes é de meio, a não ser quando se trata de cirurgia estética. Para não restar qualquer dúvida a respeito do tema, trago à baila a sucinta e esclarecedora lição de Felipe Braga Netto:

> Os médicos, pelos serviços que prestam, desempenham uma obrigação de meio. Nessas obrigações, não se assume o dever de se chegar a determinado resultado (a cura, por exemplo), mas apenas o dever de se portar com diligência e atenção, à luz dos dados atuais de sua ciência, de cujo conteúdo se espera que tenha notícias atualizadas. A jurisprudência brasileira parece firme no sentido de considerar a obrigação do médico como obrigação de meio, Assim, "a relação médico- paciente encerra obrigação de meio, não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Precedentes" (STJ, REsp nº 1.097.955). Essa, portanto, é a regra geral, e as exceções precisam ser substancialmente fundamentadas - seja pela doutrina, seja pela jurisprudência. (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Novo manual de responsabilidade civil*, Salvador: JusPodivm, 2019. p. 710).

Portanto, à míngua de erro médico, não há que se falar em responsabilidade civil da Unimed.

Por todos os fundamentos acima declinados, conclui-se pela irretocabilidade da sentença que julgou improcedentes os pleitos indenizatórios deduzidos pela apelante em face da Injeflex e da Unimed.

Dispositivo.

Ante o exposto, REJEITO A PRELIMINAR SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES, conhecendo do recurso para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Por conseguinte, condeno a apelante ao pagamento das custas recursais e, atendendo ao disposto no art. 85, § 11, do CPC, majoro os honorários advocatícios de sucumbência para 11% (onze por cento) do valor atualizado da causa, observada a suspensão da exigibilidade de tais verbas, na forma do art. 98, § 3º, do CPC, por ser a apelante beneficiária da gratuidade de justiça.

É como voto.

DES. FABIANO RUBINGER DE QUEIROZ - De acordo com o Relator.

DES. MARCOS LINCOLN - Ao exame dos autos e da sugestão de voto apresentada pelo eminente Relator (Des. Adriano de Mesquita Carneiro), vê-se que a questão recursal se limita em apurar se a autora, ora apelante, faz jus ao recebimento de indenização por danos materiais e mo-

rais, pelo fato de ter engravidado enquanto fazia uso de medicamento anticoncepcional fabricado pela primeira ré.

Pois bem.

As disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis à espécie, de modo que as rés respondem objetivamente, nos termos do art. 14 do CDC, que enuncia:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> [...]
>
> § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Assim, a parte ré só não será responsabilizada se ficar comprovado que o defeito inexistiu ou que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, conforme preveem as excludentes do art. 14, § 3º, do CDC.

No caso concreto, as provas produzidas são firmes no sentido de que não houve erro médico, nem defeito de fabricação no aparelho (DIU), sendo certo que a consumidora, ora apelante, foi adequadamente informada sobre a falibilidade do método contraceptivo.

De mais a mais, como bem destacou o eminente Relator, é de sabença geral que os medicamentos contraceptivos não fornecem proteção integral contra a gravidez, e nem por isso são considerados produtos defeituosos, pois, tal risco é inerente ao produto; aliás, as pesquisas indicam que nenhum dos anticoncepcionais atualmente existentes apresenta segurança absoluta.

A propósito, sobre o tema, a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça é uníssona:

> Colocação de DIU. Gravidez. Falibilidade do método. Falta de prova de qualquer erro médico. Cópula espontânea. Aceitação de filho. Se o método anticoncepcional não tem garantia integral, a ocasional gravidez só poderia responsabilizar o médico que o aplicou mediante prova de imperícia. Ainda que se use o método anticoncepcional, o acidente que faz gerar o filho sugere aceitação plena e de satisfação como requisito de bom caráter, não sendo moral pleitear qualquer indenização (TJMG - Apelação nº 1.0702.06.289116-4/001, Rel. Des. Ernani Fidélis, 6ª Câmara Cível, *DJ*e de 05.02.2010).

E mais,

> Indenização. Responsabilidade objetiva do fabricante. Anticoncepcional. Risco de gravidez. Produto defeituoso. Não caracterização. O simples fato do contraceptivo utilizado pela apelante não oferecer a segurança de não engravidar, não faz dele um produto defeituoso, pois o risco é inerente ao produto, não se podendo exigir do fabricante do anticoncepcional uma segurança integral, o que a medicina mundial ainda não conseguiu. Diante da falta de demonstração de que o medicamento, de responsabilidade da

ré, estivesse com defeito, não há como imputar responsabilidade à demandada. (TJMG. Cível. Apelação nº 1.0145.04.142863-5/001. Rel. Des. Elias Camilo, 14ª Câmara, DJ de 23.10.2006).

Mercê dessas considerações, acompanha-se o eminente Relator, para também negar provimento à apelação.

É como voto.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo de instrumento - Ação de extinção de condomínio - Outorga uxória - desnecessidade - Regime de comunhão parcial de bens - Imóvel havido por herança - incomunicabilidade - Citação dos cônjuges/companheiro - Ausência - Nulidade processual - Vício não verificado.

- Em sede de ação de extinção de condomínio instituído por meio de sucessão hereditária, sendo os condôminos casados/conviventes, sob o regime de comunhão parcial de bens, não há falar-se em nulidade do feito por ausência de citação dos cônjuges/companheiros quando considerada a previsão constante no digesto civil de que os bens havidos por sucessão não se comunicam.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.20.538126-2/001 - Comarca de Itaúna - Agravante: Geraldo Luiz da Fonseca, Jorge Luiz de Souza, Luiz Carlos de Souza - Agravado: Maria Aparecida de Souza - Relatora: DES.ª SHIRLEY FENZI BERTÃO.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2020. - *Shirley Fenzi Bertão* - Relatora.

Voto

DES.ª SHIRLEY FENZI BERTÃO - Cuida-se de agravo de instrumento, interposto por Geraldo Luiz da Fonseca, Jorge Luiz de Souza e Luiz Carlos de Souza, contra decisão proferida pela MM. Juíza de Direito Solange Maria de Lima da 1ª Vara Cível da Comarca de Itaúna, que, nos autos da ação de extinção de condomínio, ora em fase de cumprimento de sentença, rejeitou a impugnação fazendo-o nos seguintes termos:

No caso em tela, as partes impugnantes celebraram voluntariamente o acordo de id 85823461 sem qualquer objeção, motivo pelo qual a alegada nulidade fere o princípio do *venire* contra *factum proprium*, em patente violação aos princípios da boa-fé e da lealdade processual insculpidos no arts. 5º e 6º do CPC/2015.

Ademais, conforme o art. 73 acima transcrito, tal intervenção do cônjuge não é necessária nos casos de separação absoluta de bens, motivo pelo qual a prova de que os impugnantes não se enquadram nessa exceção a eles cabiam, nos termos do art. 373, inciso II, do CPC/2015, e do qual não se desincumbiram.

O prejuízo da ausência da mencionada citação também não restou minimamente demonstrado, razão pela qual há que prevalecer os termos do acordo de id 85823461.

Noutro passo, não elementos aptos a revogar a gratuidade de justiça deferida à parte impugnada nos autos principais e estendida ao Cumprimento de Sentença, não sendo a mera intenção de adquirir a cota parte dos demais herdeiros apta a afastar o benefício pretendido.

Ressalte-se que o acordo de id 85823461 permitia a venda direta do imóvel para terceiros, pelo preço da avaliação. Todavia, tendo transcorrido aproximadamente dois anos desde a última avaliação, necessário se mostra que o valor do imóvel seja apurado com os padrões atuais do mercado, devendo ser expedido mandado com essa finalidade para posteriormente verificar se o terceiro interessado de id 119129156 ainda manterá seu interesse de compra pelo novo valor.

Não se concretizando a venda extrajudicial, outra alternativa não restará senão a venda judicial, dividindo-se o valor da venda proporcionalmente ao quinhão de cada parte, não havendo que se falar em garantia mínima do quinhão das partes rés com base no valor da avaliação, tal qual afirmado na impugnação, por ausência de previsão legal neste sentido.

Diante do exposto e por tudo mais que dos autos consta, rejeito a presente impugnação.

Determino a expedição de mandado judicial para que se proceda à avaliação do imóvel de matrícula nº 31.170, f. 170, Livro 2-ET, do Cartório do Registro e Imóveis desta Comarca.

Com a juntada da nova avaliação intimem-se as partes ficando a parte exequente intimada também para informar se o terceiro subscritor da proposta de id 119129156 ainda possui interesse na aquisição do bem pelo valor da avaliação, no prazo de 15 (quinze) dias, mesmo prazo para que o terceiro efetue o depósito judicial da quantia para que se proceda a expedição da competente carta de adjudicação.

Fixo os honorários advocatícios em R$1.000,00 (mil reais) atento ao que determina o art. 85, § 8º, do CPC/2015.

Condeno as partes executadas/impugnantes no pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, suspendendo a exigibilidade em relação às partes Jorge Luiz de Souza, Luiz Carlos de Souza, Geraldo Juiz da Fonseca e Renato Antônio de Souza ante a gratuidade de justiça que defiro neste momento.

Em suas razões recursais insistem na nulidade do feito, porquanto não formado o litisconsorte passivo necessário já que as esposas e companheiras dos condôminos detêm "50% (cinquenta por cento) do valor das casas e também das frações do lote que pertence aos agravantes".

Disseram que solicitaram a designação de audiência de justificação com citação "dos impugnantes e suas respectivas esposas e companheiras, vez que, os subscritores não conseguiram localizar os impugnantes para colheita de dados".

Afirmaram que

> os subscritores não conseguiram entrar em contato com seus constituintes - agravantes -, a tempo e modo, fato este que também ocorreu com o Juízo *a quo*, que também não conseguiu intimar pessoalmente os agravantes, salientando-se ainda que, os subscritores são pessoas que fazem parte do grupo de risco e que a observância do afastamento social neste momento é medida de segurança e que se impõe.

Defenderam a necessidade de ser revogada a assistência judiciária, sob argumento de que "a agravada ostenta uma situação financeira privilegiada com altos rendimentos em aluguéis de prédio de sua propriedade".

O pedido de efeito suspensivo foi analisado e indeferido. (doc. ordem 62)

A agravada ofertou contraminuta batendo-se pelo desprovimento da insurgência.

Relatados na essência.

Conheço do recurso porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

A questão controvertida devolvida a esta instância revisora cinge-se em apurar o acerto, ou não, da decisão proferida na origem que rejeitou a impugnação, ao cumprimento de sentença.

Ao exame dos autos observa-se que Maria Aparecida de Souza, ora agravada, propôs contra os agravantes ação de dissolução de condomínio, extraindo-se da inicial que os litigantes são proprietários de um imóvel indivisível advindo de herança dos seus genitores. (doc. ordem 23)

Por ocasião da audiência de conciliação as partes compuseram amigavelmente, oportunidade em que concordaram com a extinção do condomínio, comprometendo-se com a venda particular e, subsidiariamente, o leilão judicial. (doc. ordem 17)

A isto seguiu-se o pedido de cumprimento de sentença no âmbito do qual a agravada pretendeu exercer seu direito de preferência e comprar a quota parte dos seus irmãos, ora agravantes.

Sobreveio a impugnação cuja rejeição é alvo da presente insurgência, no âmbito da qual os agravantes denunciam nulidade no feito por ausência de intimação das suas esposas.

Pois bem. A teor da norma insculpida no art. 73, § 1º, inciso I, ambos os cônjuges serão necessariamente citados em ação que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens.

Compete registrar que os direitos reais discutidos na presente lide advêm de herança havida pelos litigantes, em razão do falecimento de seus ascendentes, sendo todos irmãos.

Bem por isso, deve-se perquirir se o imóvel objeto de condomínio integra, ou não, a esfera patrimonial da cônjuge/companheiras dos agravantes, a fim de verificar a necessidade de citação.

Consoante regramento constante do art. 1659 do Código Civil, excluem-se da comunhão "os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar".

De outro lado, por força do disposto no art. 1667 "O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dividas passivas [...]" ficando excluídos os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar, nos termos do art. 1668, ambos do Diploma civil.

Bem por isso, considerando que o bem foi incorporado ao patrimônio por herança de seus genitores, a menos que os agravantes tenham contraído matrimônio, sob o regime de comunhão universal de bens, mostra-se desnecessária a presença dos cônjuges no polo passivo da lide.

A esse respeito observa-se que o recorrente Renato Antônio de Souza apresentou certidão de casamento registrada em 16.01.2015, na qual consta que o matrimônio contraído com Vanessa Nunes Souza é regido em comunhão parcial de bens. (doc. ordem 74)

Já o agravante Jorge Luiz de Souza trouxe aos autos declaração de união estável firmada em 23 10 2020, com Maria Aparecida de Jesus, reconhecendo que convivem, de forma pública, há 17 (dezessete) anos, desde 07.11.2003. (doc. ordem 65)

Geraldo Luiz da Fonseca, de igual modo, colacionou declaração de união estável também firmada em 23.10.2020 com Adriana Aparecida da Silva, declarando que convivem desde abril de 1994. (doc. ordem 75)

Considerando que, com o advento da Lei Federal nº 6.515/77, inexistindo convenção, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial, por óbvio que o imóvel litigioso, porque recebidos pelos agravantes por sucessão, não alcançam a esfera patrimonial das respectivas companheiras/cônjuge.

Nesse cenário, não há campo para a aplicação da norma elencada no art. 73 do Código de Processo Civil, sendo, portanto, desnecessária a citação da esposa/companheiras dos agravantes para comporem o polo passivo da ação de extinção de condomínio formado pelos litigantes, em razão de serem sucessores dos proprietários do imóvel.

Em arremate, em que pese o esforço de argumentação dos agravantes, não há falar-se em nulidade processual capaz de conduzir ao acolhimento da impugnação ao cumprimento de sentença.

Ao abrigo de tais fundamentos, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.

Custas pelos agravantes.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores Adriano de Mesquita Carneiro e Fabiano Rubinger de Queiroz.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Cível - Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por danos morais - Falha na prestação de serviços - Cobranças indevidas e suspensão arbitrária do fornecimento do serviço de internet - Art. 373, inciso II, do CPC/2015 - Descumprimento - Responsabilidade da operadora de telefonia - Dano moral - Configuração - Ofensa à honra objetiva da pessoa jurídica- Recurso não provido.

- Tendo a parte autora alegado o descumprimento contratual por parte da empresa de telefonia, cabia à apelante a comprovação de que as cobranças e a prestação dos serviços ocorreram da forma pactuada, bem como que a suspensão do fornecimento da internet decorreu do inadimplemento voluntário da consumidora.

- As faturas apresentadas pela ré não se prestam para tanto, vez que não discriminam os serviços supostamente utilizados pela consumidora, muito menos indicam se a qualidade destes condiz com aquela contratada.

- Não tendo a apelante logrado êxito em demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte autora, deve ser mantido o tópico da sentença que reconheceu a falha na prestação dos serviços, declarando a inexigibilidade da dívida indicada na inicial.

- É predominante na doutrina e jurisprudência o entendimento no sentido de que a pessoa jurídica pode ser vítima de danos morais, uma vez que é dotada de honra objetiva.

- A suspensão do fornecimento do serviço de internet - e até mesmo o seu mau funcionamento - não constitui apenas um dissabor, eis que, nos dias de hoje, tais serviços são fundamentais e imprescindíveis para o exercício de qualquer atividade profissional. Não há como negar, portanto, que a conduta da operadora ré causou transtornos significativos à autora, os quais ultrapassam os limites do mero aborrecimento cotidiano.

Apelação Cível nº 1.0000.20.538449-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: TNL PCS S.A. - Apelado: Mundiale Comércio LTDA. Relator: DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2020. - *Sérgio André da Fonseca Xavier* - Relator.

Voto

DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER - Trata-se de recurso de apelação, interposto pela Oi Móvel S.A. (TNL PCS S.A.) em face da r. sentença anexada ao processo eletrônico sob o nº 106, que, nos autos da ação declaratória de inexigibilidade de débito e cancelamento de contrato c.c. indenização por danos morais, contra si ajuizada pela Renovar Comércio de Celulares Acessórios LTDA (Mundiale Comércio LTDA), julgou procedentes os pedidos iniciais, para: a) declarar a inexigibilidade dos débitos referentes ao período de setembro a dezembro de 2013, e a partir de novembro de 2014 até março de 2016 - cancelamento do contrato -; b) condenar a requerida a pagar à parte requerente a importância de R$10.000,00 (dez mil reais), a título de indenização por dano moral, corrigida monetariamente pelos índices da CGJMG, a partir do arbitramento, e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir do evento danoso (11.2014). Por consequência, impôs à ré o pagamento das custas processuais, bem como dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Nas razões recursais de doc. nº 112, a apelante alega que o entendimento adotado em primeiro grau está impondo a ela a produção de prova negativa. Sustenta não ser plausível que a recorrente comprove o perfeito funcionamento do serviço, cabendo à apelada demonstrar a ocorrência de falha em sua prestação. Aduz não haver nos autos prova dos abalos morais alegados pela parte autora. Enfatiza que a indenização por danos morais causados à pessoa jurídica depende da produção de provas concretas que evidenciem que seu nome no mercado (honra objetiva) sofreu, de fato, grave prejuízo, o qual não pode ser presumido. Destaca que mero abalo patrimonial não se traduz em dano moral. Ao final, pugna pela improcedência dos pedidos iniciais.

As contrarrazões foram devidamente apresentadas (doc. nº 125).

Conheço do recurso, eis que preenchidos seus pressupostos de admissibilidade.

Para que se configure o dever de indenizar, devem estar presentes os pressupostos responsabilidade civil, quais sejam: o dano, o ato ilício e o nexo de causalidade. Segundo as lições de Sérgio Carvalieri Filho,

> [...] há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade.

Mais à frente, acrescenta o mencionado doutrinador:

> [...] a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil. Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presente no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos (Programa de Responsabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 41).

É de se esclarecer, também, que a responsabilidade incidente na hipótese dos autos é objetiva, consoante regra insculpida no art. 14, *caput* do CDC, *in verbis*:

> Art. 14. O fornecedor de serviço responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos.

Em sua petição inicial, a Renovar Comércio de Celulares Acessórios LTDA (Mundiale Comércio LTDA) alega ter contratado os serviços de telefonia e internet fornecidos pela Oi Móvel S.A. (TNL PCS S.A.) em setembro de 2013, os quais somente começaram a ser efetivamente prestados em 07.02.2014. Sustenta que, a despeito disso, recebeu cobranças referentes aos meses de setembro a dezembro de 2013 e, ainda, em valores superiores àquele contratado. Relata que, em novembro de 2014, acionou a apelante, para que esta efetuasse o reparo na rede - devido ao excessivo número de quedas do serviço de internet -, a qual se negou a fazê- lo, sob a alegação de existência de débitos em aberto. Reconhece que não pagou os referidos débitos, vez que indevidamente cobrados, o que ensejou a interrupção da prestação dos serviços. Diz que, diante desse cenário foi obrigada a contratar os serviços de outra operadora. Acrescenta que as cobranças indevidas continuaram a ser emitidas pela ré até maio de 2015, devendo ser declarada a inexigibilidade da dívida que lhe é atribuída, além de ser arbitrada indenização por danos morais em seu favor.

A fim de comprovar suas alegações, a parte autora acostou aos autos a ficha de pedido de doc. nº 3, as faturas de cobrança emitidas pela ré (doc. nº 5), além das faturas expedidas pela GVT, referente aos serviços prestados no período de 27.10.2014 a 26.01.2015 (doc. nº 4).

Ora, se a apelada nega ter havido qualquer prestação de serviço no período de setembro a dezembro de 2013, bem como a partir de novembro de 2014 em diante, era dever da apelante a comprovação do contrário. A toda evidência, seria impossível à consumidora demonstrar que não utilizou os serviços de internet nos mencionados períodos, pois implicaria na produção de prova de fato negativo, denominada "prova diabólica".

Todavia, deixou a operadora de telefonia de apresentar qualquer documento hábil a comprovar que a prestação dos serviços ocorreu de forma regular, nos períodos em questão. As faturas de doc. nº 60 a 77 se prestam tão somente a comprovar as cobranças efetuadas pela apelante, vez que não discriminam os serviços supostamente utilizados pela consumidora, muito menos indicam se a qualidade destes condiz com àquela contratada.

Nesse ponto, cumpre destacar que, em sua peça de defesa, a Oi Móvel S.A. (TNL PCS S.A.) sequer impugnou especificamente a alegação contida na inicial, no sentido de que:

> [...], em novembro/2014 a autora solicitou em caráter de urgência, o reparo na rede pela ré, em razão do número excessivo de quedas do serviço de internet, fato que estava gerando enormes prejuízos para a autora, visto que dependia da internet para desenvolvimento da empresa.

Diante disso, tem-se que a apelante não logrou êxito em demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte autora, devendo ser mantido o tópico da sentença que reconheceu a falha na prestação dos serviços, declarando a inexigibilidade da dívida apontada na inicial.

No que se refere à configuração dos danos morais, é predominante na doutrina e jurisprudência o entendimento no sentido de que a pessoa jurídica pode ser vítima de danos morais, uma vez que é dotada de honra objetiva.

Sobre o tema, mister se faz destacar a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho:

> Induvidoso, portanto, que a pessoa jurídica, embora não seja passível de sofrer dano moral em sentido estrito - ofensa à dignidade, por esta exclusiva da pessoa humana - pode sofrer dano moral em sentido amplo - violação a algum direito da personalidade - porque é titular de honra objetiva, fazendo jus a indenização sempre que seu bom nome, credibilidade ou imagem forem atingidos por algum ato ilícito (Programa de Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 94).

No mesmo sentido, confiram-se os seguintes julgados:

> Ação ordinária. Contrato de telefonia móvel. Renegociações. Débitos. Restrições de crédito. Dano moral. Pessoa jurídica. - Provado pelo consumidor a contratação e renegociação de contratos de telefonia móvel, e não provado pela prestadora dos serviços que os débitos apontados inadimplidos se referem com plena precisão técnica a alguns dos contratos pretéritos, estes devem ser declarados rescindidos, pois assim devem estar em relação ao contrato de telefonia móvel atual; com isso, os débitos relacionados aos contratos rescindidos devem ser cancelados, contexto técnico-jurídico que enseja a determinação de cessação das restrições de crédito a eles relacionadas. A restrição de crédito indevida enseja para a pessoa jurídica lesão em sua honra objetiva, fato gerador de adequada reparação por dano moral (TJMG - Apelação Cível n° 1.0313.11.014721-9/001, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, 12ª Câmara Cível, j. em 25.02.2015, p. da súmula em 05.03.2015).
>
> Embargos infringentes. Pessoa jurídica. Protesto. Indenização por dano morais. Redução do valor fixado. Cabimento. Dentre os critérios eleitos pela doutrina e jurisprudência para a definição do quantum indenizatório, tem-se a ideia de punição do infrator e de compensação à vítima, além das personalidades de cada qual e a gravidade do dano. Tratando-se de pessoa jurídica, considera- se que o dano deve atingir a sua honra objetiva, consistente em seu patrimônio imaterial de bom nome no meio empresarial e como tal, pode ser lesada (TJMG - Embargos Infringentes 1.0027.10.031803-2/003, Rel. Des. Batista de Abreu, 16ª Câmara Cível, j. em 13.11.2014, p. da súmula em 24.11.2014).

O mencionado entendimento encontra-se sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do enunciado nº 227, nos seguintes termos: "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

Frise-se que, ao contrário do que defende a apelante, não há dúvida quando à ocorrência de efetivo dano moral que, em casos como o dos autos, decorre da mácula ao bom nome da apelada em relação aos seus clientes, uma vez que a suspensão do fornecimento - e até mesmo o mau funcionamento - do serviço de internet, por certo, afetou a qualidade dos seus serviços.

Tal circunstância não constitui apenas um dissabor, eis que, nos dias de hoje, tais serviços são fundamentais e imprescindíveis para o exercício de qualquer atividade profissional. Não há como negar, portanto, que a conduta da apelante causou transtornos significativos à apelada, os quais ultrapassam os limites do mero aborrecimento cotidiano.

Portanto, não há o que se reformar na sentença combatida, que merece ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Com fulcro no § 11 do art. 85 do CPC/2015, procedo à majoração dos honorários advocatícios para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Custas recursais pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargaores José Eustáquio Lucas Pereira e Arnaldo Maciel.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Cível. Ação de indenização. Fornecedor de serviços. Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva. Companhia aérea. Impedimento de embarque de menor. Requisitos do dever de indenizar. Procedência. Juros de mora e correção monetária.

- De acordo com o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor de serviços - como é o caso das companhias aéreas - responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.

- Para que se configure a obrigação de indenização, é imprescindível a demonstração da ilicitude da conduta, da ocorrência de dano e do nexo de causalidade.

- Os danos materiais não se presumem e devem ser comprovados pela parte requerente, sob pena de se configurar enriquecimento indevido.

- Em se tratando de indenização por danos morais decorrente de responsabilidade contratual, como é o caso do transporte de passageiros, o termo inicial dos juros de mora é a data da citação e da correção monetária, a data do arbitramento.

- Recurso desprovido.

Apelação Cível nº 1.0000.20.543500-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Gol Linhas Aéreas S.A. - Apelados: Ana Paula dos Santos, Breno Santos Venâncio Paulino, Dieverton Gomes Vieira. Relator: DES. FAUSTO BAWDEN DE CASTRO SILVA (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO).

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, 25 de novembro de 2020. - *Fausto Bawden de Castro Silva* - Relator.

Voto

DES. FAUSTO BAWDEN DE CASTRO SILVA (JUIZ DE DIREITO CONVOCADO) - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença (doc. ordem 72), disponibilizada em 24.07.2019, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação ordinária de indenização por danos materiais e morais, ajuizada por Ana Paula dos Santos, Breno Santos Venâncio Paulino e Dieverton Gomes Vieira, em desfavor de Gol Linhas Aéreas Inteligentes e Viagens Master, para condenar a primeira requerida no pagamento da quantia de R$822,23 (oitocentos e vinte e dois re-

ais e vinte e três centavos), a título de danos materiais, acrescida de correção monetária, de acordo com as tabelas da Corregedoria Geral de Justiça, a partir do desembolso, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, bem como no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos autores, a título de danos morais, acrescido de correção monetária, a juros de mora, a partir da citação.

Em face da sucumbência recíproca, as partes foram condenadas, à razão de 30% (trinta por cento) pelos autores e 70% (setenta por cento) pela ré, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Pelas razões recursais de ordem 77, a primeira requerida alega, em síntese, que não pode ser responsabilizada por uma informação errada, repassada aos autores, pela segunda requerida, já que agiu no estrito cumprimento de seu direito ao impedir que um menor viajasse sem a apresentação de um documento de identidade com foto, conforme consta de seu sítio eletrônico.

Afirma que forçoso é concluir que se trata de hipótese na qual resta claramente caracterizada a excludente da culpa exclusiva da vítima, que poderia ter conferido a documentação necessária no site da apelante, bem como da agência de turismo contratada, que deveria fornecer as informações necessárias relativas à documentação para o embarque do menor, motivo pelo qual resta patente a ruptura do nexo de causalidade que poderia haver na narrativa autoral, caracterizando-se a culpa de terceiro, disposta no art. 14, § 3ª, II, do CDC.

Aduz que o ônus indenizatório a título de danos materiais não pode a ela ser imputado, haja vista que a parte autora não suportou qualquer prejuízo de ordem patrimonial decorrente de conduta da companhia aérea, nos termos do art. 403 do Código Civil, considerando que tais danos não podem ser presumidos, mas efetivamente comprovados.

Ademais, salienta que não restaram preenchidos os requisitos do dever de indenizar por danos morais, notadamente por não terem os autores comprovado qualquer prejuízo em razão do ocorrido, tratando-se, quando muito, de mero aborrecimento.

Requereu, a final, a reforma da sentença para julgar improcedentes os pedidos iniciais ou, caso mantida, seja minorado o valor da indenização por danos morais, com a incidência de juros de mora e correção monetária a partir da publicação da sentença.

Preparo de ordem 78/79.

Contrarrazões de ordem 87 tempestivamente aviadas.

É o relatório.

Decido.

Admissibilidade.

Conheço do recurso interposto, presentes os pressupostos processuais de sua admissibilidade, nos termos do art. 1.012 do CPC/15.

Da síntese fática.

Cuida-se de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada em desfavor da Gol Linhas Aéreas Inteligentes e Viagens Master na qual alegam os autores que, em 10.10.2014, procurou a agência Master Turismo para comprar um pacote de viagem para Maceió, com a intenção de desfrutar o período de férias escolares em família, o qual incluía passagens aéreas, 7 (sete) dias de hospedagem em suíte tripla e transfer de chegada e saída.

No entanto, no dia do embarque, em 24.01.2015, ao se apresentarem no balcão da companhia aérea, com a certidão de nascimento original de seu filho menor, afirmam que foram informados de que não poderiam embarcar sem a apresentação de um documento de identidade com foto.

Aduzem que, diante da impossibilidade de resolver o problema, retornaram para sua residência e entraram em contato com a agência de viagem para remarcar o voo, quando então foram informados que deveriam arcar com o pagamento da taxa de remarcação no valor de R$822,83 (oitocentos e vinte e dois reais e oitenta e três centavos).

Em razão dos prejuízos e transtornos que sofreram, inclusive com o reagendamento de compromissos profissionais, ajuizaram a presente ação, requerendo a condenação das requeridas no pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Ao julgar parcialmente procedentes os pedidos, a magistrada sentenciante asseverou que "[...] a legislação não exigia a apresentação de documento com foto para embarque de adolescente em voo doméstico, acompanhado dos pais ou responsáveis, bastando apenas a apresentação de certidão de nascimento original ou cópia autenticada" e que "nessa ordem de ideias, entendo que houve falha na prestação do serviço de transporte aéreo pela empresa Gol Linhas Aéreas Inteligentes S.A., não estando presente nenhuma causa excludente da responsabilidade civil dessa ré, tendo em vista que a mera apresentação da certidão de nascimento do menor, acompanhado dos pais/responsável, seria suficiente para que o menor pudesse embarcar", concluindo pela responsabilidade civil exclusiva da companhia aérea.

À vista de tais fatos, passa-se à análise do mérito recursal.

Da responsabilidade civil pela prestação do serviço.

A hipótese tratada nos autos configura relação de consumo, figurando a requerida como fornecedora de serviço e os requerentes como consumidores.

Assim, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação de danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços:

> 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.
>
> [...]
>
> § 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
>
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Vê-se que a empresa somente se exime de responsabilidade se for comprovada a inexistência do defeito ou restar caracterizada a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, conforme determina o § 3º do mesmo dispositivo.

Por outro lado, relativamente ao pacto de transporte, trata-se de um contrato de adesão oneroso e de execução continuada, cuja prestação se encerra quando da entrega do passageiro e de seus pertences, ou da coisa transportada, no local desejado pelo contratante, conforme estabelece o art. 730 do Código Civil, *verbis*:

> Art. 730. Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas.

É assim obrigação de resultado, respondendo o fornecedor do serviço pelos fatos que ocorrerem nesse interregno.

Nesse sentido, é o posicionamento jurisprudencial deste Tribunal:

> Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais e morais. Preliminares suscitadas em contrarrazões. Rejeição. Voo nacional. Aplicação do código de defesa do consumidor. Violação e furto de objetos em bagagem. Comprovação de compras durante viagem. Danos materiais e morais configurados. Valor da indenização. Redução. 1 - A existência de mero erro material na peça recursal não é suficiente para determinar o não conhecimento do recurso. 2 - A impugnação aos fundamentos da sentença basta para ensejar o conhecimento do recurso, ainda que existam equívocos na narrativa dos fatos. 3 - A responsabilidade civil das companhias aéreas por extravio de bagagem, após o advento da Lei n° 8.078/90, não é mais regulado pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores alterações (Convenção de Haia e Montreal), tampouco pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, aplicando-se, em tais casos, o Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. 4 - A companhia aérea responde pelos prejuízos materiais e morais decorrentes da violação e do furto de objetos do interior da mala do passageiro, uma vez que assume o risco da atividade, sobretudo ao não exigir prévia declaração de bagagem - art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. 5 - A constatação do furto de diversos objetos adquiridos durante a viagem gera transtornos que extrapolam o mero aborrecimento, causando angústia e sofrimento psíquico hábil a caracterizar dano moral. 6 - A definição do valor da indenização deve se pautar pelos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, evitando o lucro fácil do ofendido, a ruína do infrator e a necessidade de evitar que ocorrências similares se repitam. 7 - O valor da indenização estipulada na instância de origem deve ser revista quando se revelar manifestamente irrisória e excessiva. 8 - Deve ser rejeitado o pedido de condenação do recorrente por litigância de má-fé, quando não se configurar qualquer das hipóteses

> previstas pelo art. 80 do Código de Processo Civil/2015 (15ª CC, Apelação Cível nº 1.0210.14.003283-5/002, Rel. Des. Carlos Henrique Perpétuo Braga, j. 20.09.2018, *DJ* de 28.09.2018).

Feitas essas considerações, analiso o pleito de reparação por danos morais e materiais no caso concreto.

Da indenização por danos morais e materiais.

A esse respeito, é de se relembrar que a responsabilidade civil, consubstanciada no dever de indenizar, advém da violação da ordem jurídica, com ofensa a direito alheio e lesão ao seu titular.

Para o provimento do pedido indenizatório, é indispensável a prova da ação ou omissão, dolosa ou culposa do agente, além do nexo causal entre o comportamento danoso e a lesão daí decorrente.

É o que se extrai do art. 186 do Código Civil, *verbis*:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> Com efeito, nos termos do art. 927 do Código Civil, todo aquele que causar dano a outrem é obrigado a repará-lo, conforme adiante transcrito:
>
> Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Além disso, nos termos do art. 373, I do CPC/15, para o reconhecimento da procedência dos pedidos formulados na inicial, incumbe ao requerente demonstrar as circunstâncias básicas e essenciais a que se lhe reconheça o direito postulado na inicial, já que se trata de fato constitutivo de seu direito.

Nos termos do inciso II do mesmo dispositivo, incumbe ao réu a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

> Sobre os danos morais, a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que estes podem ser definidos como lesões ocasionadas aos atributos da pessoa, enquanto ente ético e social, que participa da vida em sociedade e que estabelece relações intersubjetivas em comunidade, ou, em outras palavras, são atentados à parte afetiva e à parte social da personalidade (REsp n° 1426710/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 25.10.2016, *DJe* de 09.11.2016).

Nesse sentido, é a doutrina de Carlos Alberto Bittar, segundo o qual os danos morais são aqueles relativos "a atributos valorativos, ou virtudes, da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade, vale dizer, dos elementos que a individualizam como ser, de que se destacam a honra, a reputação e as manifestações do intelecto" (Reparação civil por danos morais, Saraiva, 4ª ed., 2015, p. 35).

Portanto, nessa categoria, podem ser incluídos os chamados "novos direitos da personalidade", que englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua digni-

dade, tais como a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais, entre outros.

Em hipóteses envolvendo direito do consumidor, para a configuração de prejuízos extrapatrimoniais, há que se verificar se o bem ou serviço defeituoso ou inadequadamente fornecido tem a aptidão de causar sofrimento, dor, constrangimentos ou angústia, humilhação, prejuízo à saúde e integridade psicológica, cabendo ao magistrado, com prudência, ponderação e senso prático, verificar se, na espécie, efetivamente ocorreu dano, para, somente nestes casos, autorizar a reparação.

Por outro lado, no que tange ao pedido de reparação por danos materiais, a legislação é clara ao prever que a indenização mede-se pela extensão do dano, a qual deverá abranger o que a parte perdeu e o que deixou de ganhar, de forma razoável, de acordo com os seguintes dispositivos:

> Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.
>
> Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.
>
> Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.
>
> Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.
>
> [...]
>
> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
>
> Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Dessa forma, oportuna a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

> O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. Esta definição, embora não mereça a aprovação unânime dos autores, tem o mérito de abranger todos os bens e direitos na expressão conjunto das relações jurídicas, vale dizer, abrange não só as coisas corpóreas, como a casa, o automóvel, o livro, enfim, o direito de propriedade, mas também as coisas incorpóreas, com os direitos de crédito. A idéia de prejuízo, tal como estava no art. 159 do Código Civil de 1916, resultante de uma lesão a um direito, bem caracteriza o dano material. Ou, como preferem outros autores, o dano material envolve a efetiva diminuição do patrimônio, quer se trate de um bem corpóreo ou incorpóreo (Cavalieri Filho, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 96).

De fato, diferentemente do dano imaterial, que decorre da simples ocorrência do fato, para a comprovação dos danos materiais é necessário que haja nos autos prova cabal do prejuízo sofrido pela parte demandante, ônus este que lhe incumbe, a teor do art. 373, I do CPC/15.

Nesse contexto, após atentamente analisar o caderno processual, cheguei à mesma conclusão exarada pela MM.ª Juíza *a quo*, pois as provas trazidas aos autos não deixam dúvida de que o impedimento à viagem do menor, no momento em que se apresentou no balcão da companhia aérea, se deu de forma desarrazoada, considerando que seus genitores portavam, no momento, a certidão de nascimento original do passageiro.

Segundo as informações expedidas pela ANAC à época da viagem, a certidão de nascimento do passageiro menor de idade era suficiente para autorização de seu embarque, conforme se verifica a seguir:

> Crianças e adolescentes em viagens nacionais.
>
> Crianças (até 12 anos incompletos) devem apresentar, além de documento que comprove a filiação ou parentesco com o responsável, certidão de nascimento (original ou cópia autenticada) ou um dos documentos válidos para embarque.
>
> Para adolescentes (entre 12 e 18 anos incompletos), é necessário somente apresentar a certidão de nascimento ou um dos documentos a seguir:
>
> - Passaporte nacional;
>
> - Carteira de identidade (RG) expedida pela Secretaria de Segurança Pública de um dos Estados da Federação ou Distrito Federal;
>
> - Cartão de identidade expedido por ministério ou órgão subordinado à Presidência da República, incluindo o Ministério da Defesa e os Comandos da Aeronáutica, da Marinha e do Exército;
>
> - Outro documento de identificação com fotografia e fé pública em todo o território nacional.

No caso, não há dúvida a respeito dos transtornos experimentados pelos autores em razão da conduta da companhia aérea, notadamente porque tinham adquirido um pacote de viagens, que incluía, além das passagens, o transfer de chegada e de saída, bem como 7 (sete) noites de hotel, de forma que a remarcação de todo o serviço ultrapassa a seara do mero aborrecimento.

O *quantum* indenizatório foi suficientemente arbitrado, de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesse ínterim, em se tratando de indenização por danos morais decorrente de responsabilidade contratual, como é o caso do transporte de passageiros, o termo inicial dos juros de mora é a data da citação (art. 405 do Código Civil) e da correção monetária, a data do arbitramento (Súmula nº 362 do STJ).

Nesse sentido, é a jurisprudência deste Tribunal:

> Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Preliminar. Inadmissibilidade da apelação. Dialeticidade. Impugnação efetiva da sentença. Preliminar rejeitada. Acidente em transporte coletivo. Fato de terceiro inerente ao risco da atividade. Responsabilidade objetiva da transportadora. Lesão corporal leve. Dano moral. *Quantum*. Razoabilidade. Juros de mora e correção monetária. Responsabilidade contratual. Termo inicial. Recurso provido. Sentença reformada. - Verifica-se presente a dialeticidade quando a petição recursal impugna os fundamentos da decisão recorrida, ademais de declinar as razões da reforma. - O fato de terceiro, se inerente ao risco da atividade desenvolvida pela empresa de transportes, não exclui a responsabilidade objetiva pelos danos causados em acidente de trânsito. - O fato de o acidente causar lesões corporais consideradas leves à vítima não elide o dano moral, que resta configurado pela situação de pânico e constrangimento emocional enfrentada pelo passageiro, surpreendido com evento que lhe altera o cotidiano e induz receio quanto ao estado de saúde, exposição ao sofrimento próprio, alheio e situação de anseio pelo resgate. - A indenização deve ser fixada com observância da natureza e intensidade do dano, da repercussão no meio social, da conduta do ofensor, bem como da capacidade econômica das partes envolvidas, evitando-se enriquecimento sem causa da parte autora. - Os juros moratórios advindos de dano moral contratual devem ser computados da data da citação. - A correção monetária, em ação de indenização por danos morais, incide desde a data de sua fixação (Súmula nº 362, STJ) (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.19.070195-3/002, Rel. Des. José Marcos Vieira, 16ª Câmara Cível, j. em 13.05.2020, p. da súmula em 14.05.2020).

Por fim, os danos materiais, com a remarcação das passagens, foi devidamente comprovado, conforme se verifica no documento de ordem 6, ônus esse que recai sobre a parte requerida, ora apelante, por ser a causadora dos prejuízos sofridos pelos autores.

Correta, portanto, a conclusão a que chegou a MM.ª Juíza *a quo*, não merecendo guarida a irresignação da apelante.

Dispositivo.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso interposto e mantenho a sentença proferida, por seus próprios fundamentos.

Tendo em vista o trabalho adicional dos procuradores da apelada nesta instância, fixo o percentual de 2% (dois por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11 do CPC/15.

Custas recursais, pela apelante.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembagadores Pedro Bernardes e Luiz Artur Hilário.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Cível - Ação indenizatória - Direito autoral - Utilização irregular de *software* - Lei nº 9.610/98 - Ato Ilícito - Reparação Cível - *Quantum* Indenizatório - Dez Vezes O Valor De Mercado Do Programa - Entendimento STJ- Majoração - Grupo Econômico - Teoria Da Aparencia - Condenação Solidária - Recurso Provido.

- A reprodução de computador sem a devida autorização caracteriza ato ilícito, nos termos da Lei nº 9.609, devendo ser indenizado. O valor da indenização deve ser pautado nos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade, aliado ao caráter compensatório e punitivo da verba. Em casos análogos, o STJ adotou entendimento de que o valor da indenização deve ser corresponde-te a dez vezes o valor do produto irregular.

- Beneficiando-se a empresa rés dos atos praticados uma pela outra, possuindo proximidade física e mesmo sócios, deverão arcar de forma solidária as condenações, vez que, pela teoria da aparência, pertencentes ao mesmo grupo econômico de fato.

Apelação Cível nº 1.0000.20.551132-2/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Microsoft Corporation - Apelados: Telol Armazenagens Ltda - ME, Theiar Transportes e Logística Ltda – ME. Relator: Des. Rogério Medeiros.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 19 de novembro 2020. - *Rogério Medeiros*. – Relator.

Voto

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Cuida-se de ação de indenização, ajuizada por Microsoft Corporation, em face de Theiar Transportes e Logística Ltda e Telol Armazenagens Ltda, mencionando que, objetivando a proteção de seus direitos autorais, promoveu produção antecipada de provas, com o intuito de realizar vistoria nos computadores ou qualquer outro meio de armazenamento das rés, para aferir quantos e quais programas de computador, de sua titularidade, estariam sendo usados por elas.

Ressaltou que, efetivada a diligência, o perito judicial examinou os computadores e constatou a reprodução e utilização indevidas dos seus *softwares*.

Requereram a condenação da ré a título de reparação civil.

Citadas, a primeira ré ofereceu contestação e rebateu os argumentos exordiais. Discordou do laudo pericial. A segunda ré também apresentou defesa rechaçando as alegações. Pugnou pela improcedência do pedido e condenação da autora ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

Em fase de especificação de provas, intimadas, as partes requereram o julgamento antecipado.

Sobreveio sentença que ratificou a tutela e julgou parcialmente procedente os pedidos para autorizar e determinar a destruição das cópias irregulares, determinar que a primeira ré se abstenha de utilizar programas de propriedade da autora sem a devida licença, condenar a primeira ré a pagar o valor de mercado à época da perícia, de cada um dos programas indevidamente utilizados, devendo o valor ser corrigido pelos índices da CGJ-MG desde a data do laudo e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da mesma data.

Por fim, condenou a primeira ré ao pagamento das custas e honorários, no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais) e condenou a segunda ré, também ao pagamento de honorários, no valor de R$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Inconformada, a autora apresentou recurso de apelação, salientando pela condenação solidária das rés ao pagamento da indenização, vez que pertencentes ao mesmo grupo econômico.

Asseverou estar demonstrado o dever de indenizar, uma vez que a utilização de programa por terceiro depende da autorização prévia e expressa do autor, seja utilização direta ou indireta, nos termos do arts. 29 e 29 da Lei nº 9.610.

Discorreu sobre a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para fixação da indenização.

Requereu seja reformada a sentença, condenando também a segunda ré ao pagamento da indenização, bem como seja majorado ao valor fixado, para que não seja inferior a dez vezes o valor da irregularidade.

Foram apresentadas contrarrazões. É o Relatório. Decido.

O inconformismo do autor se restringe ao valor da indenização e a condenação das rés na forma solidária.

Ausente questionamento acerca do ato ilícito perpetrado.

A Lei nº 9.610/98, que versa sobre direitos autorais, não estabelece critérios objetivos a respeito de fixação de importe indenizatório, ficando, portanto, a cargo do Magistrado o seu arbitramento, pautado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, aliado ao caráter punitivo e repressor da reparação.

Ou seja, no momento da fixação o julgador tem que estipular quantia que não apenas compense a vítima do dano, mas também tenha como intuito inibir que o réu reincida na prática lesiva, desestimulando, assim, a utilização irregular de obras e violação à legislação pertinente.

No caso em julgamento, averiguo que o valor arbitrado a título indenizatório não se apresenta razoável.

Ora, em observância ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o valor adotado a título de indenização em casos análogos é correspondente a dez vezes o valor de cada *software* irregular. Vejamos:

> Recurso especial. Civil e Processual Civil. Ação de indenização. Propriedade intelectual. Contrafação. Programas de computador (*software*). Caráter punitivo e pedagógico. Artigos analisados: art. 102 da Lei 9.610/98. 1. Ação de indenização ajuizada em 14.03.2003. Recurso especial concluso ao Gabinete em 20.08.2013. 2. Discussão relativa à adequação dos critérios utilizados para fixar a indenização devida, em razão da utilização ilegítima de softwares desenvolvidos pela recorrente. 3. A exegese do art. 102 da Lei de Direitos Autorais evidencia o caráter punitivo da indenização, ou seja, a intenção do legislador de que seja primordialmente aplicado com o escopo de inibir novas práticas semelhantes. 4. A mera compensação financeira mostra-se não apenas conivente com a conduta ilícita, mas estimula sua prática, tornando preferível assumir o risco de utilizar ilegalmente os programas, pois, se flagrado e processado, o infrator se verá obrigado, quanto muito, a pagar ao titular valor correspondente às licenças respectivas. 5. A quantificação da sanção a ser fixada para as hipóteses de uso indevido (ausente a comercialização) de obra protegida por direitos autorais não se encontra disciplinada pela Lei 9.610/98, de modo que deve o julgador, diante do caso concreto, utilizar os critérios que melhor representem os princípios de equidade e justiça, igualmente considerando a potencialidade da ofensa e seus reflexos. 6. É razoável a majoração da indenização ao equivalente a 10 vezes o valor dos programas apreendidos, considerando para tanto os próprios acórdãos paradigmas colacionados pela recorrente, como os precedentes deste Tribunal em casos semelhantes. 7. Recurso especial provido (REsp 1403865/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 07.11.2013, DJe 18.11.2013).

No mesmo sentido, recentemente julgou esta colenda Câmara:

> Apelação cível. Indenização. Utilização de *softwares* sem licença. *Quantum* indenizatório. Dez vezes o valor de mercado. Redução. Não cabimento. Precedentes. - Deve ser mantido o valor arbitrado a título de indenização pelo uso indevido de software, que se revela suficiente ao cumprimento do seu caráter punitivo e dissuasório à repetição da contrafação (TJMG - Apelação Cível 1.0480.02.035725-1/001, Relator: Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, 13ª Câmara Cível, j. em 12.03.2020, p. em 13.03.2020).

Deve, pois, ser majorado o valor indenizatório, em consonância ao entendimento do STJ.

Com relação ao pleito de condenação solidária das empresas, importante esclarecer que um grupo de sociedades é caracterizado pelo conjunto composto por uma sociedade controladora e um ou mais sociedades sob seu controle.

Esses grupos podem ser de fato e de direito, contudo a legislação societária somente versa acerca dos grupos de direito, previstos nos arts. 265 e 266, da Lei nº 6.404/76.

Com relação ao grupo econômico de fato, lecionada Nelson Eizirik:

> O grupo de fato é aquele integrado por sociedades relacionadas tão somente por meio de participação acionária, sem que haja entre elas uma organização formal ou obrigacional. As relações jurídicas manti-

> das entre as sociedades que integram o grupo devem ser fundamentadas nos princípios e nas regras que regem as relações entre as companhias isoladas (EIZIRIK, Nelson. A lei das S/A comentada. São Paulo: Quartier Latin, v. 3, 2011, p. 515-516).

Observa-se, no caso, relação entre as empresas rés, vez que se favorecem de atos ligados à mesma atividade econômica, pois uma empresa possui objeto social consistente no transporte de cargas fracionadas e a outra no depósito de mercadorias não perecíveis, além disso, se localizam lado a lado e possuem mesmo sócio e representante legal, conforme se depreende da contrato social e procuração constante nos autos.

Sendo assim, tendo em vista o cenário acima, deverão as rés suportar solidariamente os custos condenatórios.

Em hipótese semelhante, já se manifestou esta colenda Câmara:

> Apelação cível. Ação ordinária. Preliminar de ilegitimidade passiva. Pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo econômico. Legitimidade passiva configurada. Preliminar rejeitada. Contrato de compra e venda de imóvel. Data de entrega. Ambiguidade nas disposições contratuais. Interpretação mais favorável ao consumidor. Cláusula que prevê a prorrogação do prazo de entrega. Validade. Multa compensatória contratualmente prevista. Aplicação. Cumulação de multa compensatória e lucros cessantes. Impossibilidade. Danos morais. Quantum indenizatório. Majoração. Admissibilidade. Caráter pedagógico da condenação. - Consoante assente orientação jurisprudencial, em decorrência da aplicação da teoria da aparência, as empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico têm responsabilidade solidária pelo adimplemento do contrato celebrado por quaisquer delas. Havendo ambiguidade nas cláusulas de contrato de compra e venda que dispõem sobre o prazo de entrega do bem, deve haver uma interpretação de forma mais benéfica ao consumidor, nos moldes do artigo 47 do CDC. É válida a cláusula contratual, redigida de forma clara, que prevê a prorrogação de 180 dias do prazo para a entrega do imóvel, uma vez que qualquer empreendimento imobiliário está sujeito a possíveis atrasos. Existindo cláusula contratual expressa prevendo multa compensatória a ser paga pela construtora em caso de atraso na entrega do imóvel, a aplicação de referida multa é medida que se impõe. A aplicação de multa compensatória estabelecida em valor equivalente ao locativo, qual seja, 0,5% do valor do contrato por mês de atraso, afasta a sua cumulação com lucros cessantes, por versar aludida multa justamente sobre compensação de prejuízos pela não fruição do imóvel. Conquanto o arbitramento do valor da indenização por dano moral seja de livre arbítrio do julgador, admite-se a sua majoração visando atender ao caráter punitivo-pedagógico da condenação, tendo em vista as condições econômicas do ofensor, desde que não implique enriquecimento sem causa do ofendido (TJMG - Apelação Cível 1.0024.14.241401-0/001, Relator: Des. José de Carvalho Barbosa, 13ª Câmara Cível, j. em 02.07.2020, p. em 10.07.2020).

Diante do exposto, a despeito do brilhantismo do julgador primevo, dou provimento ao recurso, reformando a sentença para condenar as rés, na forma solidária, ao pagamento da indenização, a qual majoro para dez vezes o valor de mercado, à época da perícia, de cada um dos programas indevidamente utilizados. Em consequência, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11º do CPC, majoro o valor arbitrado a título de honorários advocatícios para R$5.200 (cinco mil e duzentos reais) e

R$2.700 (dois mil e setecentos reais), para primeira e segunda ré, respectivamente. Custas recursais pelas apeladas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Luiz Carlos Gomes da Mata e José de Carvalho Barbosa.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Cível - Embargos à execução - Extinção do processo sem resolução do mérito - Intempestividade - Impenhorabilidade de bem de família - Matéria de ordem pública - Possibilidade de análise a qualquer tempo - Interesse de agir configurado - Sentença anulada - Causa madura - Bem de família - Comprovação - Procedência do pedido - Desconstituição da penhora - Medida que se impõe.

- A impenhorabilidade do bem de família pode ser conhecida a qualquer tempo e até mesmo de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública, ainda que os embargos sejam intempestivos. Precedentes do STJ e TJMG.

- Restando patenteado o interesse processual do embargante, e tratando-se a impenhorabilidade do bem de família de matéria de ordem pública, mesmo que intempestivos os embargos à execução, deve ser anulada a sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VI, do CPC/15, prosseguindo-se no julgamento de mérito, com fundamento no art. 1013, § 3º, I, do CPC.

- Comprovando o embargante os requisitos necessários para que o imóvel seja considerado impenhorável, uma vez que a penhora recaiu sobre o bem utilizado como residência da entidade familiar do devedor, o acolhimento do pedido para desconstituir a constrição é medida que se impõe.

- Pedido julgado procedente.

Apelação Cível n° 1.0000.20.551354-2/001 - Comarca de Muriaé - Apelante: André Luiz Carvalho Couto – Apelado: Banco Industrial e Comercial S.A. Relator: MARCELO PEREIRA DA SILVA 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO PARA ANULAR A SENTENÇA E PROSSEGUINDO NO JULGAMENTO, JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO.

Belo Horizonte, 10 de dezembro de 2020. - *Marcelo Pereira da Silva* - Relator.

Voto

MARCELO PEREIRA DA SILVA JUIZ DE DIREITO CONVOCADO - Trata-se de recurso de apelação, interposto por André Luiz Carvalho Couto visando à reforma da sentença (ordem 68), que,

nos autos dos Embargos à Execução opostos em desfavor do Banco Industrial e Comercial S.A., julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos seguintes termos:

> Ante o exposto e atento a tudo que está nos autos, acolho as preliminares sustentadas pelo embargado referente à carência de ação (art. 485, inciso VI, do CPC) e intempestividade dos embargos (art. 918, inciso I, do CPC), pelo que, julgo por sentença, extinto o processo, sem apreciação do mérito. Condeno o embargante no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em R$2.000,00 (dois mil reais).

Em suas razões (ordem 72), o apelante pede que seja dado provimento ao recurso para reformar a sentença recorrida, julgando procedentes os embargos, no sentido de determinar a exclusão da penhora incidente sobre o imóvel penhorado, por se tratar do seu único imóvel destinado à sua residência, encontrando-se amparado pela Lei n° 8.009/90, condenando o apelado ao pagamento das custas processuais e dos honorários de sucumbência.

Assevera que os embargos opostos não possuem o condão de questionar o débito nem a revisão das cláusulas constantes do título executivo, mas somente a ilegalidade da penhora sobre o bem de família do apelante, não havendo que se falar em carência de ação.

Defende que não há que se falar em intempestividade, tendo em vista que a impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública não atingida pela preclusão, podendo ser alegada a qualquer momento.

Contrarrazões apresentadas pelo apelado, (ordem 78), requerendo o desprovimento do recurso.

É o Relatório.

Decido.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Depreende-se dos autos que o embargante/ora apelante propôs embargos à execução em desfavor do banco embargado/ora apelado, visando à desconstituição da penhora levada a efeito sobre o bem imóvel (f. 166 - ordem 13), com fundamento na impenhorabilidade do bem de família.

O magistrado de primeiro grau acolheu as preliminares de ausência de interesse de agir e de intempestividade dos embargos, suscitadas pelos embargados/apelados e julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC.

Analisando detidamente os elementos dos autos, constato que os embargos foram opostos após o prazo legal, tendo em vista que a penhora foi realizada em 30.01.2017 (ordem 13) e os presentes embargos foram protocolizados somente em 14.03.2017, (ordem 01).

Não obstante, em razão de a alegação de impenhorabilidade absoluta do único imóvel de entidade familiar do embargante, ora apelante se tratar de questão de ordem pública, que pode ser arguida a qualquer tempo e inclusive de ofício, tal fato não impede a apreciação das matérias neles deduzidas.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

> Recurso especial. Ação de execução de título extrajudicial. Interesse recursal. Ausência. Impenhorabilidade de bem de família. Matéria de ordem pública. Reexame de fatos e provas. Súmula n° 07/STJ. Alienação fiduciária de imóvel em garantia. Direitos do devedor fiduciante afetados à aquisição do bem de família. Impenhorabilidade. Julgamento: CPC/15.1. Ação de execução de título extrajudicial proposta em 29.09.2014, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 28.06.2016 e concluso ao gabinete em 27.09.2016. 2. O propósito recursal é decidir sobre a possibilidade de penhora dos direitos do devedor advindos de contrato de alienação fiduciária de imóvel, mesmo quando sejam insuficientes para a satisfação integral da dívida; bem como decidir sobre a incidência da proteção do bem de família. 3. Há de ser reconhecida a ausência de interesse quando não configurada a necessidade ou utilidade do provimento recursal pleiteado. 4. A jurisprudência do STJ orienta que a impenhorabilidade de bem de família é matéria de ordem pública, suscetível de análise a qualquer tempo e grau de jurisdição. [...] 10. Recurso especial conhecido e desprovido (REsp 1629861/DF, Rel.ª Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 06.08.2019, *DJe* de 08.08.2019).
>
> Agravo interno no agravo em recurso especial. Violação do art. 535 do CPC/73. Inexistência. Embargos de declaração opostos na origem. Ausência de obscuridade, omissão ou contradição. Alegação de ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC/73. Não ocorrência. Acórdão recorrido em consonância com o entendimento desta corte. Súmula n° 83/STJ. Agravo não provido. 1. Rejeita-se a alegada ofensa ao art. 535 do CPC/73, na medida em que a Corte Estadual dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, não sendo possível confundir julgamento desfavorável com ausência de fundamentação. 2. De acordo com a jurisprudência desta Corte, o magistrado pode conhecer de ofício de matéria de ordem pública - no caso, a impenhorabilidade de bem de família -, sem que isso configure julgamento *extra petita*. Precedentes. 3. Agravo interno desprovido (AgInt no AREsp 970.805/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 11.06.2019, *DJe* de 26.06.2019).

Da mesma forma vem decidindo o TJMG, inclusive a 10ª Câmara Cível:

> Apelação cível. Embargos à execução bem de família. Tese única. Intempestividade. Irrelevância. Matéria de ordem pública. Indeferimento da inicial. Rejeição liminar equivocada. Se a única tese alegada pelo executado é proteção legal advinda da Lei n° 8.009/90, argumentando tratar-se de bem de família o imóvel alvo de penhora, é irrelevante a intempestividade do ajuizamento dos embargos à execução, porquanto em voga matéria de ordem pública e assim cognoscível a qualquer tempo (TJMG - Apelação Cível 1.0271.18.004752-1/001, Rel.ª Des. Valéria Rodrigues Queiroz, 10ª Câmara Cível, j. em 26.05.2020, p. da súmula em 25.09.2020).
>
> Apelação cível. Embargos à execução. Intempestividade. Impenhorabilidade de bem de família. Matéria de ordem pública. Possibilidade de análise a qualquer tempo. Bem de família. Não comprovação. Penhora mantida. A matéria relativa à impenhorabilidade do bem de família pode ser conhecida a qualquer tempo e até mesmo de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública, ainda que os embargos sejam intempestivos. Considerando que o executado não provou que o bem penhorado se trata do único imóvel utilizado para sua moradia permanente, impõe-se a manutenção da penhora efetivada sobre o mesmo. (TJMG - Apelação Cível 1.0295.08.021244-8/001, Rel. Des. Sérgio André da Fonseca Xavier, 18ª Câmara Cível, j. em 17.12.2019, p. da súmula em 19.12.2019).

Assim, mesmo reconhecendo a intempestividade dos embargos, impõe-se analisar a impenhorabilidade do bem de família, por se tratar de matéria de ordem pública.

Da mesma forma, não há que se falar em ausência de interesse de agir.

Isso porque, o fato de as partes terem celebrado acordo, que foi homologado em juízo, havendo reconhecimento da dívida e renúncia do embargante aos direitos sobre os quais se funda a ação, não obsta a invocação da proteção legal conferida ao bem de família, que constitui princípio de ordem pública, mormente quando o próprio exequente deu início ao cumprimento de sentença ante o inadimplemento do acordo pelo devedor, como ocorreu no caso em apreço.

E, segundo o entendimento pacífico no STJ, quem indica bem de família à penhora/garantia não perde o benefício da impenhorabilidade, pois a proteção da Lei n° 8.009/90 não tem por alvo o devedor, mas a entidade familiar, que goza de amparo especial da Constituição, sendo nula a possível renúncia.

Nesse sentido, os destaco os seguintes precedentes:

> Agravo interno. Agravo em recurso especial. Contrato de compra tipo exportação - acc. Execução. Embargos. Garantia. Terceiro interveniente. Penhora de imóvel. Bem de família. Lei n° 8.009/1990. Matéria de ordem pública. Renúncia. Inadmissibilidade. -Configuração do bem de família que deflui dos elementos informativos constantes dos autos. - A garantia prestada à pessoa jurídica não implica renúncia à proteção conferida ao bem de família se não demonstrado que a operação bancária promoveu benefício em prol da entidade familiar integrada pela pessoa física garantidora. - Cuidando-se de bem de família, a possibilidade de penhora fica restrita à hipótese de financiamento imobiliário. -Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no AREsp 1084180/SP, Rel.ª Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 20.03.2018, *DJe* de 04.04.2018).
>
> Processual civil e civil. Agravo regimental. Embargos de declaração. Recurso especial. Direito real de garantia. Cédula rural hipotecária. Imóvel dado em garantia. Bem de família. Impenhorabilidade. Não incidência. Dívida constituída em favor da entidade familiar. Art. 3º, V, da Lei n° 8.009/90. Agravo desprovido. - O benefício conferido pela Lei n° 8.009/90 ao instituto do bem de família constitui princípio de ordem pública que não admite a renúncia pelo titular, podendo ser elidido somente se caracterizada qualquer das hipóteses previstas nos incisos do art. 3º e no *caput* do art. 4º da referida lei. - Segundo a regra prescrita no art. 3º, V, da Lei n° 8.009/90, sobre o imóvel dado em garantia hipotecária não incide o benefício da impenhorabilidade do bem de família no caso de dívida constituída em favor da entidade familiar. Iterativos precedentes do STJ. - Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos. - Agravo regimental desprovido (AgRg nos EDcl no REsp 1463694/MS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. em 06.08.2015, *DJe* de 13.08.2015).

Nesse contexto, tenho por equivocado o acolhimento das preliminares, e a consequente extinção do processo, sem resolução do mérito, haja vista que a aferição se o bem é ou não de família trata-se de matéria de ordem pública, podendo ser alegada em qualquer tempo, inclusive mediante simples petição.

Diante disso, deve ser anulada a sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VI, do CPC/15.

Verificando que o feito se encontra em condições de imediato julgamento, aplico o disposto no § 3º, I, do art. 1013, do CPC, que autoriza a apreciação da questão de mérito por este Tribunal de Justiça.

Mérito.

Cuida-se na origem de embargos à execução opostos por André Luiz Carvalho Couto, ora apelante, em desfavor do Banco Industrial e Comercial S.A., ora apelado, em que pretende a desconstituição da penhora sobre o bem imóvel (f. 166 - ordem 13), que alega se tratar de bem de família.

O banco embargado, por sua vez, sustenta que não restou comprovada nos autos a impenhorabilidade do bem, porquanto não demonstrado que o imóvel é a residência do embargante.

O art. 1º da Lei Federal nº 8.009/90 que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, estabelece que:

> 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.

Da mesma forma, o art. 5º da referida Lei assim dispõe:

> 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.

Bem de família é, portanto, o imóvel utilizado pela entidade familiar como sua residência, o qual recebe uma proteção especial da lei, de modo a impedir que seja objeto de penhora para pagamento de dívidas contraídas pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam.

Como se vê, o objetivo da referida lei foi proteger e assegurar a moradia da entidade familiar, protegendo a dignidade da pessoa humana, para que esta não se coloque na situação de penúria e de desabrigo. Optou-se pela família, em detrimento do direito do credor, levando em consideração o interesse público e social, assegurado pela Constituição da República, que tem a família como base da sociedade e especial proteção do Estado.

No mais, conforme posição do Superior Tribunal de Justiça, os imóveis residenciais de alto padrão ou de luxo não estão excluídos, em razão do seu valor econômico, da proteção conferida aos bens de família consoante os ditames da Lei Federal nº 8.009/90.

É cediço que o ônus de comprovar a impenhorabilidade suscitada é do embargante, nos termos do art. 373, I, do Código de Processo Civil.

No caso, verifico que restou demonstrado que o imóvel constrito, (f.166/167- ordem 13) constituído pelo apartamento cobertura, duplex, situado à Rua São Pedro, 179/902, Centro, Muriaé/MG, com área constituída de 228,93m², avaliado no dia 30.01.2017 em R$650.000,00 (seiscentos e cinqunta mil reais) é bem de família, conforme comprovam o Termo de Confissão de Dívida firmado entre as partes, (ordem 44), a conta de consumo de energia elétrica (ordem 05), e os boletos de condomínio (ordem 6 e 7), em que constam o endereço indicado como do embargante.

Do mesmo modo, é possível constatar que, tanto na inicial dos embargos, como na execução apensa, o endereço indicado do embargante corresponde ao do imóvel constrito, e que tais documentos foram encaminhados para o endereço do bem penhorado, e devidamente cumpridos pelo Oficial de Justiça, (ordem 2, 8, 13).

O Superior Tribunal de Justiça também firmou entendimento no sentido de que a Lei Federal nº 8.009/1990 não retira o benefício do bem de família daqueles que possuem mais de um imóvel, como no caso em questão, conforme se verifica na declaração de imposto de renda juntada à ordem 18, referente ao exercício de 2012, situado no mesmo endereço.

De acordo com o parágrafo único do art. 5º da referida lei a impenhorabilidade recairá sobre o bem de menor valor na hipótese em que a parte possuir vários imóveis utilizados como residência, o que não ficou demonstrado nos autos, cuja prova seria do próprio embargado/exequente, do qual não se desincumbiu.

Nesse contexto, não há como exigir do devedor a prova de que só possui um único imóvel de residência, na medida em que, para tanto, ele teria que pleitear a expedição de certidão em todos os cartórios de registro de imóveis do país, porquanto não há uma só base de dados, tal como restou consignado no REsp 1400342/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08.10.2013, *DJe* de 15.10.2013.

A propósito, os seguintes precedentes:

> Agravo interno no agravo em recurso especial. Impenhorabilidade de imóvel. Bem de família. Súmula nº 7/STJ. Imóvel de alto valor. Proteção contra a penhora. Possibilidade de o devedor residir em local diverso. Entendimentos em harmonia com a jurisprudência desta corte. Súmula nº 83/STJ. Inovação recursal. Impossibilidade de apreciação em agravo interno. Agravo interno desprovido. 1. Segundo o acórdão, as provas dos autos ensejam conclusão no sentido de que o imóvel em discussão está protegido contra a penhorabilidade, por ser qualificado como bem de família. Esse entendimento foi fundado na apreciação fático-probatória da causa, atraindo a aplicação da Súmula nº 7/STJ. 2. O simples fato de o imóvel ser de luxo ou de elevado valor, por si só, não afasta a proteção prevista na Lei nº 8.009/1990. Precedentes. 3.

Consoante o STJ, "não pode ser objeto de penhora o único bem imóvel do devedor que não é destinado à sua residência ou mesmo à locação em face de circunstância alheia à sua vontade, tais como a impossibilidade de moradia em razão de falta de serviço estatal" (REsp 825.660/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. em 01.12.2009, *DJe* de 14.12.2009). 4. É sabido que "a alegação de teses que não constaram das razões do recurso especial constitui-se em inovação recursal, o que não é permitido em sede de agravo interno" (AgInt no AREsp 1.217.869/GO, Rel.ª Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 24.04.2018, *DJe* de 27.04.2018). 5. Agravo interno desprovido (AgInt no AREsp 1199556/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 05.06.2018, *DJe* de 14.06.2018).

Civil. Processual civil. Recurso especial. Recurso manejado sob a égide do CPC/73. Bancário. Execução de título extrajudicial. Penhora de imóvel. Bem de família. Pluralidade de imóveis residenciais. Art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 8.009/90. Menor valor. Inexigibilidade. Na ausência de outros imóveis utilizados como residência da família a impenhorabilidade deve ser reconhecida independente do valor do imóvel. Precedentes. Recurso especial provido. 2. A Lei nº 8.009/90, ao instituir a impenhorabilidade do bem de família, buscou proteger a família ou da entidade familiar, de modo a tutelar o direito constitucional fundamental da moradia e assegurar um mínimo para uma vida com dignidade dos seus componentes. 3. O art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 8.009/90 dispõe que poderá ser escolhido o de menor valor na hipótese em que a parte possuir vários imóveis utilizados como residência. 4. Os imóveis residenciais de alto padrão ou de luxo não estão excluídos, em razão do seu valor econômico, da proteção conferida aos bens de família consoante os ditames da Lei nº 8.009/90. 5. Apenas na hipótese de existir mais de um imóvel utilizado como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, garantido ao devedor a proteção do patrimônio mínimo. 6. A moldura fática presente no acórdão recorrido, como se vê, não fornece elementos concretos para saber se há ou não a pluralidade de imóveis residenciais, para fins da incidência do parágrafo púnico do art. 5º da Lei nº 8.009/90 ou se apenas o imóvel penhorado tem essa finalidade e a vocação ínsita do recurso especial não permite a incursão na seara probatória. Retorno dos autos para novo julgamento de acordo com a jurisprudência desta Corte. 7. Recurso especial provido. (REsp 1482724/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. em 14.11.2017, *DJe* de 28.11.2017).

Processual civil e tributário. Embargos à execução fiscal. Penhora de imóvel. Bem de família. Residência do executado. Lei nº 8.009/1990. Impenhorabilidade. Reexame do conjunto fático-probatório. Súmula nº 7/STJ. Desnecessidade de comprovação de que o imóvel penhorado é o único de propriedade do devedor. Precedentes do STJ. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou que ficou "comprovado que o imóvel penhorado destina-se à moradia do executado e de sua família". 2. Para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, é necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula nº 7/STJ. 3. O STJ entende que, para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família (Lei nº 8.009/1990), não é necessária a prova de que o imóvel em que reside a família do devedor é o único de sua propriedade. Precedentes: REsp 1014698/MT, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, *DJe* de 17.10.2016; REsp 790.608/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, *DJ* de 27.03.2006, p. 225, REPDJ 11.5.2006, p. 167; REsp 574.050/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, *DJ* de 31.05.2004, p. 214. 4. Recurso Especial não conhecido. (REsp 1685402/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 03.10.2017, *DJe* de 16.10.2017).

Recurso especial. Embargos à execução. Penhora. Bem de família. Proprietária de outros bens. Lei nº 8.009/1990. Imóvel de residência. Impossibilidade de constrição. 1. Na origem, os embargos à execução foram julgados improcedentes e o Tribunal estadual manteve a penhora sobre o bem de família da recorrente, reconhecendo a existência de outro bem de sua propriedade de menor valor. 2. A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que a Lei nº 8.009/1990 não retira o benefício do bem de família

daqueles que possuem mais de um imóvel. 3. O parágrafo único do artigo 5º da Lei nº 8.009/1990 dispõe expressamente que a impenhorabilidade recairá sobre o bem de menor valor na hipótese em que a parte possuir vários imóveis utilizados como residência, o que não ficou demonstrado nos autos. 4. Recurso especial provido (REsp 1608415/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 02.08.2016, *DJe* de 09.08.2016).

Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Embargos à execução. Impenhorabilidade do bem de família. Ônus de comprovar. Credor. Agravo desprovido. 1. "Como a ninguém é dado fazer o impossível (*nemo tenetur ad impossibilia*), não há como exigir dos devedores a prova de que só possuem um único imóvel, ou melhor, de que não possuem qualquer outro, na medida em que, para tanto, teriam eles que requerer a expedição de certidão em todos os cartórios de registro de imóveis do país, porquanto não há uma só base de dados" (REsp 1400342/RJ, Rel.ª Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 08.10.2013, *DJe* de 15.10.2013). 2. Agravo regimental desprovido (AgRg nos EDcl no AREsp 794.318/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 23.02.2016, *DJe* de 07.03.2016).

Dessa forma, existindo documentos que comprovam que o imóvel constrito é destinado à residência da entidade familiar do embargante/apelante, como no caso em apreço, não se revelando suficientes os argumentos do embargado/apelado para desconstituir a prova dos autos, impõe-se a declaração de sua impenhorabilidade, independentemente de ser proprietário de outro imóvel.

Nesse cenário, comprovados os requisitos necessários para que o imóvel seja considerado impenhorável, o acolhimento do pedido para desconstituir a constrição é medida que se impõe.

Dispositivo.

Isso posto, dou provimento ao recurso para anular a sentença e, prosseguindo no julgamento, na forma do art. 1.013, § 3º, I, do CPC, julgo procedente o pedido, no sentido de desconstituir a penhora do imóvel de f.165/166 (ordem 13), por se tratar de bem de família.

Por corolário, inverto os ônus sucumbenciais.

Condeno o banco apelado ao pagamento das custas e dos honorários recursais que fixo em R$300,00 (trezentos reais).

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Álvares Cabral da Silva Mariangela Meyer.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA ANULAR A SENTENÇA E PROSSEGUINDO NO JULGAMENTO, NA FORMA DO ART 1013 DO CPC, JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO.

Apelação Cível - Ação monitória - Contrato de abertura de Conta Corrente - Extratos e demonstrativos de débito - Documentos suficientes para a propositura da ação - Prova Escrita.

- A prova escrita, exigida pelo art. 700 do Código de Processo Civil, é aquela que pode ser entendida como todo e qualquer documento que expresse razoável probabilidade da existência do direito afirmado pelo credor e deve ser aferida, com mais largueza e não com o rigor dos demais procedimentos.

- O Contrato de Abertura de Conta Corrente, devidamente assinado pelas partes e acompanhado dos extratos e das planilhas de demonstrativo de débito, é documento hábil a ensejar a ação monitória, justamente por estar desprovido de eficácia executiva.

Apelação Cível nº 1.0000.20.556251-5/001 - Comarca de Poços de Caldas - Apelante: COOPERFORTE- Coop de Econ. e Cred. Mutuo dos Funci.de Instituições Financeiras Públicas Federais Ltda - Apelada: Carolina Cerqueira Gobatto. Relator: Des. Valdez Leite Machado.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em rejeitar preliminares e dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 17 de dezembro de 2020. - *Valdez Leite Machado*. – Relator.

Voto

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Cuida-se de recurso de apelação, interposto contra a sentença (doc. ordem 81) proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara Cível da Comarca de Poços de Caldas, nos autos de uma ação monitória manejada por COOPERFORTE - Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Funcionários de Instituições Financeiras Públicas Federais Ltda., em face de Carolina Cerqueira Gobatto, que julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do inciso I, do art. 485 do Código de Processo Civil.

Consubstanciando seu inconformismo nas razões constantes no doc. de ordem 95, busca a autora a reforma da sentença, afirmando que o contrato de abertura de conta corrente é título hábil para o ajuizamento da presente ação, já que à exordial foi juntado o objeto do mútuo e seus extratos, destacando empréstimo por empréstimo detalhadamente e a forma a que foi realizado o cálculo final.

Ressaltou que toda a documentação juntada aos autos prova que houve a operação objeto da presente ação, a saber, Contrato de Abertura de Crédito firmado entre as partes litigantes, tendo celebrado inúmeros mútuos, onde se ajustou validamente o crédito, os juros e os demais encargos aplicáveis.

Garantiu que toda a documentação apresentada serve de documento hábil à propositura da ação monitória, tal qual prescreve a Súmula 247 do Superior Tribunal de Justiça: "O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória".

Asseverou que a decisão combatida contrariou diretamente o disposto no art. 317, visto que, se não foi possível a compreensão do cálculo pelo juízo, deveria ter sido intimada a apelante a esclarecer o cálculo, já que não se trata de documento novo, somente esclarecimento.

Disse que a ausência de intimação para esclarecimento causou-lhe prejuízos, cerceando seu direito de defesa. Além disso, destacou que a extinção do processo, sem sua prévia intimação, violou o princípio da não surpresa.

A apelada, devidamente intimada, apresentou contrarrazões (doc. ordem 100), batendo-se pela manutenção da sentença.

Determino seja o feito julgado virtualmente, nos termos do art. 118 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, intimando-se as partes para, querendo, manifestarem-se na forma regimental.

É o Relatório em resumo.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Inicialmente, analisando a preliminar relativa à nulidade da sentença por violação ao princípio da não surpresa, verifico que não merece acolhimento, pois a preliminar de ausência de liquidez dos documentos que embasaram a ação foi arguida nos embargos monitórios, tendo a autora oportunidade de manifestar-se sobre a referida questão, apresentando, inclusive, impugnação.

Nesses termos, afasto a preliminar.

Quanto à preliminar relativa à nulidade da sentença por cerceamento de defesa decorrente da ausência de intimação para emenda da inicial, tal questão se confunde com o mérito da ação, devendo ser analisada em tal seara.

Adentrando ao mérito, importa ressaltar que ação monitória, a teor do disposto no art. 700 do Novo CPC, é instrumento processual destinado a quem pretende, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, exigir pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível, infungível, de determinado bem móvel ou imóvel, assim como o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer.

Assim, tem a ação monitória como pressuposto essencial o documento escrito, que apesar de não estampar eficácia de título executivo extrajudicial, permite a identificação de um crédito. Aliás, qualquer documento que contenha valor probante como tal autoriza o procedimento monitório, como lembram os doutrinadores:

> Por documento escrito deve-se entender qualquer documento que seja merecedor de fé quanto à sua autenticidade e eficácia probatória. O documento escrito pode originar-se do próprio devedor ou de terceiro. Exige- se a prova escrita em sentido estrito, para que se admita a ação monitória. (NERY JÚNIOR, Nelson. Atualidade Sobre o processo Cível: A reforma do Código de Processo Civil Brasileiro de 1994 e 1995. 2ª ed. Editora Rev. Tribunais, 1996, p. 227).

Dessa forma, conclui-se que a omissão de qualquer dos requisitos do título retira a validade dos escritos como título de crédito e, por consequência, a perda de sua eficácia executiva. No entanto, ainda que falte aos documentos qualquer dos requisitos, subsiste válido o negócio jurídico que lhe deu origem, sendo-lhe retirada tão somente a característica de título executivo extrajudicial, o que, por certo, não a neutraliza como instrumento formal de crédito capaz de instruir uma ação monitória.

Ao deflagrar o procedimento monitório, o credor deve demonstrar claramente a constituição do seu crédito, o que, sem dúvida alguma, ocorre na hipótese vertente pelo Contrato de Abertura de Crédito (doc. ordem 09), bem como pelo extrato (doc. ordem 11), acompanhado dos demonstrativos de empréstimo (doc. ordem 10).

Nesse sentido é o enunciado da Súmula 247 do STJ: "O contrato de abertura de crédito em conta corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória".

Assim, conclui-se que, do conjunto probatório colacionado pela autora, trouxe ela elementos suficientes a comprovar a movimentação do crédito na conta corrente de titularidade da ré, e, a meu sentir, atendeu ao dispositivo constante do citado art. 700 do CPC/15, uma vez que, na ação monitória, é possível ao réu discutir a liquidez do débito e os valores cobrados através dos embargos previstos no art. 702, do CPC/15, que são processados pelo rito ordinário, assegurando-se às partes amplo contraditório.

É o que ensina o professor Nelson Nery Junior, in «Código de Processo Civil Comentado» 10ª edição, página 1249: «Opostos os embargos, o procedimento especial da ação monitória se transmuda em procedimento comum ordinário, com contraditório amplo [...]" (NERY JUNIOR, N. In: Código de Processo Civil Comentado. 10ª ed. P.1249).

Portanto, merece reforma a sentença de origem, já que os documentos trazidos aos autos são suficientes para embasar a ação monitória.

A título de ilustração, colaciono os seguintes julgados:

> Apelação Cível. Ação monitória. Ilegitimidade passiva. Fiador. Rejeição. Prescição. Não ocorrência. Existência de documentos hábeis. Súmula 247 do STJ. Recurso desprovido. - Se as obrigações foram assumidas solidariamente pelo produtor/contratante e seu fiador, e não tendo diligenciado no sentido de afastar a fiança prestada, todos os ônus do contrato permanecem íntegros, o que afasta a alegação de ilegitimidade passiva. - Sendo a presente ação ajuizada em dezembro de 2007, vale dizer, após decorridos mais da metade do prazo prescricional do Código Civil revogado, deve ser aplicado o disposto no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, que dispõe que "serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por

> este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na liei revogada". - Consoante entendimento sumulado pelo colendo STJ, o contrato de abertura de crédito, acompanhado do demonstrativo de débito que comprove a evolução do crédito perseguido, constitui título hábil, além de demonstrar a liquidez do documento que se busca atribuir executividade, sendo apto para instruir a ação monitória (TJMG - Apelação Cível 1.0024.07.746079-8/002, Relator: Des. Elias Camilo, 3ª Câmara Cível, j. em 12.12.2019, p. em 22.01.2020).
>
> Apelação Cível. Ação monitória. Contrato de abertura de crédito. Embargos. Existência de documentos hábeis. Súmula 247 do STJ. Capitalização de juros. Possibilidade de sua incidência. Honorários advocatícios. Fixação. Vigência do atual código de processo civil. - Consoante entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, o contrato de abertura de crédito, acompanhado do demonstrativo de débito que comprove a evolução do crédito perseguido, constitui título hábil, além de demonstrar a liquidez do documento que se busca atribuir executividade, sendo apto para instruir a ação monitória. - A capitalização mensal de juros é admitida nos contratos firmados com instituições bancárias e financeiras após a vigência da MP 1.963-17/2000, reeditada sob o nº 2.170/2001, desde que devidamente pactuada no instrumento. - A data da sentença é o marco temporal que define qual diploma legal será usado para fixar os honorários sucumbenciais. - Tendo a sentença sido prolatada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devem ser utilizadas as normas deste para fixar os honorários advocatícios (TJMG - Apelação Cível 1.0024.14.161786-0/001, Relator(a): Des. Luiz Artur Hilário, 9ª Câmara Cível, j. em 08.10.2019, p. em 18.10.2019).

Por fim, quanto à impossibilidade de cumulação da multa com honorários de advogado, mostra-se claro o contrato nesse sentido:

> CLÁUSULA NONA - DO INADIMPLEMENTO - No caso de inadimplência do ASSOCIADO, passam a incidir sobre seu débito atualizado, multa de 2% (dois por cento) mais juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a contar do dia imediato ao atraso e enquanto perdurar a inadimplência.
>
> Parágrafo Único -- Caso a COOPERFORTE tenha de recorrer a procedimento judicial ou extrajudicial para cobrança ou resgate de seu crédito, o ASSOCIADO, além do principal e encargos, pagará, em substituição à multa estabelecida no 'caput' desta Cláusula, pena pecuniária, irredutível, correspondente a 10% (dez por cento) do saldo devedor atualizado do débito, bem como arcará com as custas processuais, acrescidas de honorários advocatícios que vierem a ser arbitrados em Juíz.

Desse modo, existindo previsão expressa no contrato, deve ser afastada a cobrança da multa de 2% (dois por cento) prevista no *caput* da cláusula nona, incidindo somente multa corresponde a 10% (dez por cento) do saldo devedor.

Diante do exposto, afasto as preliminares e dou provimento ao recurso, cassando a sentença, para julgar parcialmente procedente o pedido inicial, nos termos do art. 702, § 8º, do CPC, constituindo de pleno direito, em título executivo judicial, os documentos de ordem 09 a 11, na importância de R$37.052,75 (trinta e sete mil e cinquenta e dois reais e setenta e cinco centavos), ficando decotada a cobrança da multa de 2% (dois por cento) ao mês, prevista no *caput* da cláusula nona do contrato, com atualização monetária conforme índices da CGJ-MG, a partir do ajuizamento da ação e inci-

dência de juros legais simples de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, ficando convertido o mandado inicial em mandado executivo.

Condeno a autora ao pagamento de 20% (vinte por cento) e a ré dos outros 80% (oitenta por cento) das custas e honorários, inclusive recursais, que arbitro em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §§ 1º, 2º e 11 do CPC, repartidos na mesma proporção.

Votaram de acordo com o Relator as Desembargadoras Evangelina Castilho Duarte e Cláudia Maia.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação - Indenização - Furto em residência - Impugnação à justiça gratuita - Legitimidade passiva - Danos morais e materiais - Responsabilidade subjetiva - Art.186 Código Civil - Ônus da prova.

- Incumbe a quem impugna os benefícios a prova da capacidade econômico-financeira do beneficiado, demonstrando a possibilidade de pagamento das despesas do processo. A legitimidade para a causa consiste na qualidade da parte de demandar e ser demandada, ou seja, de estar em juízo. Para configuração da responsabilidade de indenizar, é necessária a presença simultânea de três elementos essenciais, quais sejam: a ocorrência induvidosa do dano; a culpa, o dolo ou a má-fé do ofensor; e o nexo causal entre a conduta ofensiva e o prejuízo da vítima. Ao autor incumbe o ônus da prova em relação aos fatos constitutivos de seu direito.

Apelação Cível nº 1.0000.20.560881-3/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Silmara de Deus Lisboa Moreira - Apelados: Condomínio Monte Verde, Exacta Administração Imobiliária Ltda. Relator: Desª. Evangelina Castilho Duarte.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em rejeitar preliminar e negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 17 de dezembro de 2020. - Evangelina Castilho Duarte. – Relatora.

Voto

DESª. EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Tratam os autos de indenização por danos materiais e morais, ajuizada pela apelante, ao argumento de ser moradora do Condomínio residencial Monte Verde, e que foi vítima de furto em sua casa, em 07 de fevereiro de 2015.

Afirmou ter sentido falta da sua bolsa, que continha os objetos descritos na inicial, e salientou que os apelados devem ser responsabilizados pelo fato, haja vista que o porteiro permitiu a entrada de estranhos nas dependências do condomínio, configurando culpa *in vigilando*.

Requereu a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$2.277,08 (dois mil duzentos e setenta e sete reais e oito centavos), e por danos morais no valor de R$15.000,00 (quinze mil reais).

Pugnou pela procedência dos pedidos.

Citados, os apelados apresentaram contestação, arguindo preliminares de inépcia da inicial e de ilegitimidade passiva, que foram decididas em fase de saneamento, conforme doc. nº 58, jPe.

No mérito, frisaram que não estão presentes os requisitos do dever de indenizar.

Pugnaram pela improcedência dos pedidos inicias.

A r. decisão, constante do doc. nº 74, jPe, julgou improcedente o pedido inicial, condenando a apelante ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados de 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, suspensa a exigibilidade, visto que litiga sob o pálio da justiça gratuita.

A apelante pretende a reforma da decisão recorrida, reiterando os termos da inicial.

Ressalta que estão presentes os requisitos para a condenação dos apelados ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Requer o provimento do recurso.

Contrarrazões em doc. nº 80, jPe, impugnando os benefícios da justiça gratuita concedidos à apelante.

Os apelados arguem preliminar de ilegitimidade passiva da primeira recorrida.

No mérito, pugnam pela manutenção da sentença e pela condenação da apelante por litigância de má-fé.

A apelante teve ciência da sentença recorrida, doc. nº 74, jPe, em 08 de setembro de 2020, vindo a apelação em 10 de setembro, no prazo legal, desacompanhada de preparo, por estar amparada pela justiça gratuita.

Estão presentes, portanto, os requisitos para conhecimento do recurso, que recebo em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, do CPC de 2015.

Impugnação ao pedido de justiça gratuita

A Constituição Federal, em seu art. 5º, estabelece a igualdade entre todos, sem qualquer distinção, que, em seu inciso LXXIV, assegura a assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Os arts. 98 e seguintes do CPC/15, que regulamentam a justiça gratuita, estipulam que a parte gozará dos benefícios, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio.

Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição de miserabilidade, nos termos dos mesmos dispositivos legais.

Logo, a concessão da justiça gratuita à pessoa física depende tão somente de declaração, nos termos da lei, de que a parte não possui meios para arcar com as despesas do processo.

Incumbe, portanto, à parte contrária, que porventura impugnar a concessão da assistência judiciária, provar a suficiência de recursos do beneficiário, para vê-la revogada. Desta feita, fica incumbido de trazer as provas das suas alegações, ou seja, demonstrar, por meio de documentos, que o impugnado possui meios para arcar com as despesas do processo.

No caso concreto, os apelados limitam-se a alegar que a apelante não comprovou sua hipossuficiência, sem apresentar fundamentos relevantes, ou provas da suposta capacidade econômica do autor.

É o entendimento deste egrégio Tribunal:

> Justiça gratuita. Art. 5º, LXXIV, DA CR/88. Art. 4º da Lei nº 1.060/50. Declaração de pobreza. Presunção *iuris tantum* de veracidade. Impugnação. Prova robusta. Propriedade de imóvel e de veículo. Elementos não suficientes para demonstrar a suposta capacidade financeira do impugnado. Apelo improvido. A jurisprudência do STF tem proclamado que, para a obtenção dos benefícios da justiça gratuita, basta a simples afirmação de pobreza e que não há incompatibilidade entre o art. 4º da Lei 1.060/50 e o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988. Militando a favor da impugnada a presunção *juris tantum* de pobreza, cabia ao impugnante fazer prova cabal de que, na verdade, tinha aquele plenas condições de arcar com as despesas processuais e com os ônus da sucumbência. O fato de a parte ser proprietária de um apartamento e de um veículo nada novo, alienado fiduciariamente, não é suficiente para afastar a presunção de veracidade da declaração de pobreza [...] (TJMG - Décima Sétima Câmara Cível - Apelação Cível n.º 2.0000.00.518922-6/000 - Relator: Eduardo Mariné da Cunha, j. em 18.08.2005).

Ressalte-se que, em impugnação aos benefícios da justiça gratuita concedidos ao impugnado, incumbe ao impugnante a prova da existência de rendimentos do beneficiário, e, no caso concreto, os Apelados nada provaram.

Impõe-se, portanto, a manutenção do benefício concedido à apelante.

Legitimidade passiva

A primeira apelada argui sua ilegitimidade passiva.

Embora a preliminar tenha sido decidida no despacho saneador, não tendo a primeira apelada apresentado qualquer recurso, reitero a decisão do julgador monocrático, conforme fundamentos seguintes.

A legitimidade para a causa consiste na qualidade da parte de demandar e ser demandada, ou seja, de estar em juízo.

Pertinente ao tema, ensina Cândido Rangel Dinamarco, em

> Legitimidade ad causam é qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima. Daí conceituar-se essa condição da ação como relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa (DINAMARCO, Cândido .Rangel. Instituições de direito processual civil, 4. ed., São Paulo: Malheiros Editores, vol. II, p. 306).

A primeira apelada é responsável pelo recebimento das taxas condominiais, estando relacionada aos fatos narrados na inicial.

Assim, não há reforma cabível na sentença quanto a esse aspecto, mormente por ter ocorrido a preclusão do direito da primeira apelada, que não recorreu da decisão que rejeitou a preliminar.

Rejeito, pois, a preliminar.

Mérito

Genericamente, conceitua-se o dano como qualquer mal ou ofensa pessoal, deterioração, prejuízo a uma pessoa (Dicionário da Língua Portuguesa, Caldas Aulete), sendo que, na linguagem jurídica, constitui a efetiva diminuição do patrimônio alheio, provocada por ação ou omissão de terceiro.

Conforme preceitua o atual art. 186, do Código Civil, o dever de indenizar advém de ato ilícito traduzido em infração à ordem jurídica, com ofensa ao direito alheio e lesão ao respectivo titular.

Para a configuração do dever de indenizar, é necessária a presença simultânea de três elementos essenciais, quais sejam: a ocorrência induvidosa do dano; a culpa, o dolo ou a má-fé do ofensor; e o nexo causal entre a conduta ofensiva e o prejuízo da vítima.

No caso, a apelante alegou que os apelados faltaram com o dever de segurança que lhes incumbia, deixando que terceiros adentrassem as dependências do condomínio e furtassem a sua bolsa dentro do seu apartamento.

Culpa *in vigilando*, conforme ensinamento de Clóvis Beviláqua, é: "a violação de um dever preexistente, que consiste na falta de atenção especial necessária em certas emergências" (Código Civil, v. IV, p. 171, Livraria Francisco Alves, Ed. 1958).

No caso, embora esteja comprovado o furto no apartamento da apelante, não está configurada a culpa *in vigilando* das apeladas, haja vista que, para tanto, a convenção de condomínio deveria prever, de forma expressa, o dever de garantir a segurança dos moradores.

Saliente-se que, embora a convenção estabeleça obrigações para o exercício do cargo de síndico referentes à segurança, tais como zelar pela contratação de porteiros e pela estrutura de muros e cercas da propriedade, tais encargos não são suficientes para atribuir aos apelados a responsabilidade pelo ocorrido.

Ressalte-se que os apelados não assumiram qualquer responsabilidade pela integridade do patrimônio dos condôminos, sendo estes responsáveis pela guarda e segurança de suas próprias unidades.

A jurisprudência do colendo STJ entende pela responsabilidade do condomínio apenas quando há previsão expressa em relação ao dever de segurança e responsabilização em caso de falha, conforme decisão em Embargos de Divergência no REsp nº 268.669:

> Civil. Responsabilidade civil. Condomínio. O condomínio só responde por furtos ocorridos nas suas áreas comuns se isso estiver expressamente previsto na respectiva convenção. Embargos de divergência não conhecidos (STJ, 2ª Seção, Embargos de Divergência no REsp 268.669/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 08.03.2006).

Não é possível imputar aos apelados a culpa pela suposta falta de segurança e consequente furto na unidade habitacional da Apelante.

O dano moral é o prejuízo decorrente da dor imputada a uma pessoa, em razão de atos que, indevidamente, ofendem seus sentimentos de honra e dignidade, provocando mágoa e atribulações na esfera interna pertinente à sensibilidade moral.

Porém, a apelante não demonstrou a responsabilidade dos apelados, fator determinante da obrigação de indenizar.

Assim, a apelante não se desincumbiu do *onus probandi* que lhes competia quanto aos fatos constitutivos do seu direito, não tendo direito à indenização por danos materiais e morais.

Para que ocorra a condenação por litigância de má-fé, é necessário que se faça prova da instauração de litígio infundado ou temerário, bem como da ocorrência de dano processual em desfavor da parte contrária.

No caso concreto, não restou comprovado nenhum dos requisitos mencionados, razão pela qual não é cabível a aplicação da referida penalidade.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso apresentado por Silmara de Deus Lisboa Moreira, mantendo íntegra a sentença recorrida.

Custas e honorários advocatícios recursais, os quais majoro para 17% (dezessete por cento) sobre o valor da causa, com fulcro no art. 85, § 11, do CPC de 2015, pela apelante, suspensa a exigibilidade por estar amparada pela justiça gratuita.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores Cláudia Maia e Estevão Lucchesi.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelações cíveis - Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais - Bloqueio indevido de conta de e-mail profissional - Responsabilidade civil - Requisitos preenchidos - Danos morais configurados - *Quantum* indenizatório - Majoração - Possibilidade.

- Para a configuração da responsabilidade civil da parte demandada, faz-se necessário a demonstração da existência de uma conduta antijurídica, um dano e o estabelecimento de um nexo de causalidade entre eles.

- Considerando que ficou demonstrado o bloqueio indevido da conta de e- mail da autora mantida junto à empresa ré, bem como os prejuízos suportados em virtude da indisponibilidade de acesso, sobretudo porque a usuária utilizava o endereço eletrônico para fins profissionais (advocacia), resta configurado o dever de indenizar da fornecedora de serviço.

- Os prejuízos suportados pela autora em virtude do ilícito constatado ultrapassam o campo dos meros dissabores, sobretudo porque a disponibilidade e a diligência perante os clientes são elementos essenciais para aqueles que exercem a atividade da advocacia, requisitos estes que ficaram comprometidos com a indisponibilidade da sua conta de e-mail profissional.

- A fixação do dano moral tem caráter subjetivo, não havendo critérios pré-estabelecidos para o arbitramento do dano. Assim, cabe ao juiz, por seu prudente arbítrio e, tendo sempre em mente, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, estimar, no caso concreto, um valor justo a título de indenização.

- O valor fixado na sentença a título de danos morais é ínfimo quando sopesada a condição econômica das partes e a gravidade do abalo sofrido, razão pela qual deve ser majorado.

Apelação Cível nº 1.0000.20.561088-4/001 - Comarca de Passos - Apelante: Juliana Conceição Gomes em causa própria, Microsoft Informática LTDA - Apelado: Juliana Conceição Gomes em causa própria, Microsoft Informática LTDA. Relator: DES. JOSÉ EUSTÁQUIO LUCAS PEREIRA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 18ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DAR PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2020. - *José Eustáquio Lucas Pereira* - Relator.

Voto

DES. JOSÉ EUSTÁQUIO LUCAS PEREIRA - Trata-se de recursos de apelação, interpostos por Microsoft Informática LTDA. (primeira apelante) e Juliana Conceição Gomes (segunda apelante), contra a sentença (doc. ordem 75) proferida pela MMª. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Passos/MG, que, nos autos da ação de obrigação de fazer c.c. pedido de tutela provisória de urgência antecipada c.c. reparação por danos morais, ajuizada pela segunda apelante em desfavor da primeira apelante, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para confirmar a liminar que determinou o desbloqueio da conta de e-mail da autora e condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais), corrigido monetariamente a partir do arbitramento e acrescido de juros de mora a partir do evento danoso (bloqueio do e-mail).

Por ocasião da sentença, a ré foi condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais foram fixados em R$1.000,00 (mil reais).

Em suas razões recursais (doc. ordem 78), alega a primeira apelante, Microsoft Informática LTDA., que: a) a Microsoft informou os métodos para que a autora/apelada comprovasse a titularidade da conta de e-mail, no entanto, as informações de segurança, tais como conta secundária e número de telefone, não foram atualizadas pela usuária; b) ao criar uma conta de e-mail gratuita, os usuários concordam com as estipulações da plataforma, inclusive no que diz respeito à necessidade de atualização das informações de segurança; c) é injusta a condenação da Microsoft ao pagamento de danos morais e em sucumbência por cumprir uma exigência legal para proteger seus usuários; d) os atos por ela praticados configuram exercício regular do seu direito, não havendo falar-se, portanto, em dever de indenizar; e) não se encontram presentes os requisitos necessários para a configuração da responsabilidade civil da Microsoft.

Dessa forma, requer o provimento do recurso para que seja reformada a sentença a fim de afastar a sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais e dos ônus sucumbenciais.

Recurso devidamente preparado (doc. ordem 82).

Em suas razões recursais (doc. ordem 84), aduz a segunda apelante, Juliana Conceição Gomes, que: a) a quantia fixada pela Magistrada sentenciante a título de reparação extrapatrimonial revela-se ínfima, sobretudo quando considerado que a conta de e-mail bloqueada era utilizada para fins profissionais; b) se não bastasse o bloqueio indevido da conta de e-mail, não houve qualquer comunicado prévio, tampouco disponibilizadas ferramentas eficazes para a identificação da titularidade da conta; c) a obrigação de dar ciência prévia e expressa quanto ao cancelamento ou bloqueio do serviço decorre, igualmente, dos princípios da informação, da transparência, da confiança e da lealdade contratual; d) a condenação não atende ao caráter punitivo da pena, especialmente porque a parte ré é a terceira no ranking das empresas mais valiosas do mundo.

Sendo assim, requer o provimento do segundo recurso para que seja majorada a quantia fixada a título de danos morais.

Dispensado o recolhimento do preparo recursal, por litigar a segunda apelante sob o pálio da justiça gratuita.

Contrarrazões pela ré (doc. ordem 87), pelo não provimento do segundo recurso.

Contrarrazões pela autora (doc. ordem 90), requerendo o não provimento do primeiro recurso.

Relatados, tudo visto e examinado, decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuidam-se os autos de ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais proposta por Juliana Conceição Gomes em desfavor de Microsoft Informática LTDA., em que a autora, denunciando o bloqueio indevido da sua conta de e-mail mantida junto à empresa ré, requereu liminarmente o desbloqueio da conta e, ao final, bateu-se pela confirmação da tutela de urgência, bem como pela condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais no patamar de R$15.000,00 (quinze mil reais).

Para tanto, narrou a autora que por quase 20 anos fez uso do e-mail "gomesadv@hotmail.com", mas que a conta foi bloqueada pela requerida injustificadamente; que restou infrutífera a tentativa de restabelecimento da conta de e-mail administrativamente, razão pela qual ajuizou a presente demanda; que sofreu inúmeros prejuízos com o ato ilícito praticado pela requerida, uma vez que o endereço eletrônico era utilizado para fins profissionais, possuindo inúmeros arquivos do seu escritório de advocacia, além de contatos de clientes e colegas de trabalho.

Por ocasião da decisão de ordem 36, foram concedidos os benefícios da justiça gratuita à autora, além de deferida a tutela de urgência para determinar o restabelecimento da conta de e-mail indicada na inicial.

A requerida, por sua vez, defendeu a regularidade de sua conduta, ao argumento de que a autora não preencheu os requisitos de segurança mínimos para atestar a titularidade da conta de e-mail; que a usuária não manteve as informações de segurança atualizadas. Requereu, portanto, a improcedência da pretensão autoral (doc. ordem 65).

Após o regular trâmite da demanda, sobreveio desfecho de parcial procedência para confirmar a liminar que determinou o desbloqueio da conta de e-mail de titularidade da autora e condenar a ré ao pagamento de danos morais no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais) (doc. ordem 75).

Cinge-se o mérito recursal, portanto, à análise da falha na prestação de serviços imputada à empresa ré/primeira apelante e, acaso constatada, a existência de danos morais passíveis de reparação.

Em virtude da similitude das matérias, os recursos serão analisados de forma conjunta.

Pois bem.

É cediço que a responsabilidade civil pode ser definida como fez o nosso legislador: a obrigação de reparar o dano imposta a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou im-

prudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral (Código Civil, art. 186).

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, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não-patrimonial; e; c) o estabelecimento de um nexo de causalidade entre uma e outro.

Sabe-se, também, que o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria monista - ao contrário do Código Civil (teoria dualista) -, unificando a responsabilidade civil. Com isso, segundo o CDC, não há distinção entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual.

A Lei Consumerista consagrou, como regra, a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços, frente aos consumidores, visando a facilitar a tutela dos direitos destes, em prol da reparação integral dos danos, constituindo um aspecto material do acesso à justiça (TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel. Manual de direito do consumidor: direito material e processual. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017).

Assim, comumente, o fornecedor será responsável perante o consumidor, mas não em qualquer circunstância, pois, embora aquela seja objetiva, circunstâncias excludentes ou atenuantes de responsabilidade, como a culpa da vítima ou de terceiro, o caso fortuito ou a força maior, podem afastar ou diminuir a referida responsabilidade do fornecedor.

In casu, assim como a culta sentenciante, entendo ter restado suficientemente demonstrada a ocorrência de falha na prestação do serviço oferecido pela empresa ré.

Isso porque, embora não esteja bem delineado nos autos o motivo pelo qual a autora perdeu o acesso à sua conta de e-mail (se ocorreu um bloqueio injustificado ou se, de fato, houve um série de inserção de senhas incorretas), restou demonstrado de forma suficiente a titularidade do endereço eletrônico, pelo que se conclui que a manutenção da indisponibilidade do acesso foi injusta.

Ora, à míngua de provas concretas que indiquem o motivo do bloqueio da conta, faz-se necessário um exame lógico dos fatos e, assim procedendo, seria desarrazoado admitir que a autora, titular de um endereço eletrônico há anos, o qual era utilizado diariamente, iria esquecer sua senha repentinamente.

Lado outro, verifica-se que mesmo com o deferimento da liminar determinado o restabelecimento da conta de e-mail a indisponibilidade persistiu (docs. ordem 54/59), o que leva a crer que o problema retratado nos autos vai além da inserção de senhas errôneas pelo usuário.

No mesmo sentido, conquanto a requerida sustente que a usuária não soube informar os dados de segurança para a recuperação da conta de e-mail, observa-se que a autora comprovou de forma cabal a realização de diversas tentativas do desbloqueio da conta, inclusive com o envio de solicitações para o suporte da apelada (docs. ordem 08/09), todas com resultado infrutífero.

Por outro lado, a empresa ré sustentou que a usuária não manteve as informações de segurança atualizadas, tampouco comprovou a titularidade da conta de e-mail, no entanto, apesar de ser a detentora de todos os meios eletrônicos, não apresentou qualquer elemento nos autos que corroborasse com sua tese de defesa, razão pela qual sobressai a tese inicial de que a indisponibilidade do serviço se deu de forma indevida.

Superada a questão, nota-se que a ocorrência do dano em virtude do bloqueio da conta de e-mail da autora restou cabalmente comprovada nos autos, uma vez que a usuária trouxe aos autos prints de tela do portal de publicações da OAB, diversas petições processuais contendo o endereço eletrônico como um meio de contato da patrona, além do cartão profissional, documentos estes que comprovam a destinação da conta "gomesadv@hotmail.com" para fins profissionais (docs. ordem 12/18), o que torna óbvio o prejuízo suportado em virtude da indisponibilidade de acesso.

Oportunamente, vale ressaltar que a autora cuidou de trazer aos autos print de conversa do aplicativo *Whatsapp*, o qual demonstra o recebimento de uma mensagem enviada por outro advogado informando a tentativa de contato com a autora através da sua conta de e-mail, o que confirma os danos suportados pela falha do serviço fornecido pela empresa ré.

Os notórios prejuízos suportados pela autora/segunda apelante em virtude do ilícito constatado ultrapassam o campo dos meros dissabores, sobretudo porque a disponibilidade e a diligência perante os clientes são elementos essenciais para aqueles que exercem a atividade da advocacia, requisitos estes que ficaram comprometidos com a indisponibilidade da sua conta de e-mail profissional.

Dessa forma, estando preenchidos os requisitos da responsabilidade civil previstos no Código Civil, não merece qualquer reparo a sentença que reconheceu o dever de indenizar da empresa ré, pelo que passo à análise do *quantum* indenizatório.

Penso que a valoração do dano moral deve sempre observar o princípio da razoabilidade e, como orienta a doutrina, "a vítima de uma lesão a um bem jurídico sem cunho patrimonial deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo magistrado atendendo às circunstâncias de cada caso: nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva" (DA SILVA, Caio Mário Pereira. Responsabilidade Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 60).

Assim, a valorização do dano moral, tarefa sempre difícil e penosa, deve levar em conta a dimensão do sofrimento e do constrangimento advindos do evento, as condições econômicas e sociais do ofensor, a situação pessoal do ofendido, e também a intensidade da reprovabilidade da conduta do agente.

No caso dos autos, considerando as peculiaridades do caso, mormente o enorme prejuízo suportado pela autora/segunda apelante em virtude da indisponibilidade da sua ferramenta de trabalho e a incontestável capacidade econômica da parte ré/primeira apelante, entendo que a quantia fixada pela Magistrada sentenciante a título de danos morais (R$5.000,00 - cinco mil reais) não atende o

caráter reparatório e pedagógico da condenação, devendo ser majorada, portanto, para o patamar de R$10.000,00 (dez mil reais).

Mesmo porque montante menor que esse, para o poder econômico da requerida/primeira apelante, constitui mera insignificância, de modo que o efeito pedagógico, se o montante fosse menor, seria nenhum.

Ao abrigo de tais fundamentos, nego provimento ao primeiro recurso e dou provimento ao segundo recurso, apenas para majorar o valor fixado a título de danos morais para o patamar de R$10.000,00 (dez mil reais), com correção monetária incidente a partir da publicação deste acórdão e juros de 1% (um por cento) ao mês, desde o evento danoso (data da do bloqueio do e-mail).

Considerando que o valor pretendido a título de danos morais representa mera estimativa e não gera prejuízo de ordem sucumbencial para a parte requerente, condeno a ré/primeira apelante ao pagamento das custas de ambos os recursos, bem como dos honorários advocatícios, os quais majoro para R$1.400,00 (mil e quatrocentos reais), nos termos do art. 85, § 1º e 11 do CPC.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Arnaldo Maciel e João Cancio

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

Apelação cível - Ação de extinção de condomínio e alienação judicial - Imóvel não matriculado em registro imobiliário - Partes cotitulares de direitos pessoais sobre imóvel - Reconhecimento em ação de inventário - Extinção da composse e alienação dos direitos possessórios -Possibilidade.

- Enquanto não regularizada a propriedade de determinado bem imóvel, por ausência de matrícula no Registro Imobiliário competente, a situação dos herdeiros/copossuidores se configura como cotitularidade de direitos pessoais sobre imóvel, não existindo impedimento legal para que tais direitos sejam alienados judicialmente, desde que os potenciais arrematantes sejam devidamente cientificados de que trata-se da alienação de direitos e não da propriedade propriamente dita.

Apelação Cível nº 1.0000.20.564758-9/001 - Comarca de Caratinga - Apelantes: Adriano Estevam da Silva, Emidio Estevam da Silva, Geraldo Estevam da Silva, Joao Estevam da Silva, Jose Estevam da Silva Filho, Lucio Estevam da Silva, Maria das Dores dos Santos, Nelson Estevam da Silva, Osvaldo Estevam da Silva - Apelados: Ana Lucia da Silva Martins, Nilton Eduardo da Silva. – Relator: Des. Fernando Caldeira Brant.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2020. - *Fernando Caldeira Brant*. – Relator.

Voto

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Adriano Estevam da Silva, Emídio Estevam da Silva, Geraldo Estevam da Silva, José Estevam da Silva Filho, João Estevam da Silva, Lúcio Estevam da Silva, Maria das Dores dos Santos, Nelson Estevam da Silva e Osvaldo Estevam da Silva, contra a r. sentença que, nos autos da ação de extinção de condomínio com alienação judicial de coisa comum, ajuizada em face de Ana Lúcia da Silva Rocha e Nilton Eduardo da Silva, julgou extinto o processo, com base no art. 485, VI, do CPC, condenando-os ao pagamento das custas processuais (f. 110/114 - doc. único).

Em suas razões, aduzem os recorrentes que, apesar de o imóvel em questão não estar registrado em nome das partes, é incontroverso que sobre ele as partes possuem direitos, os quais foram partilhados na proporção de 09,09% para cada um dos conviventes no plano de partilha do processo de inventário nº 5004670-52.2017.8.13.0134, homologado por sentença com trânsito em julgado. Afirmam que, enquanto não regularizada a titularidade do domínio, a situação das partes configu-

ra-se como cotitularidade de direitos e, portanto, podem ser alienados judicialmente, com a devida ciência dos potenciais arrematantes de que a alienação é de direitos, e não da propriedade propriamente dita. Lembra que a coisa imóvel objeto destes autos não possui escritura e nem registro, visto que, na cidade de Imbé de Minas, bem como em várias outras da Comarca de Caratinga, a maioria dos imóveis foi construída em terras devolutas e poucos possuem escritura ou registro no CRI. Defende não haver dúvidas de que a posse integra o direito patrimonial e nada impede, portanto, que os direitos sobre o imóvel, cuja titularidade de domínio ainda não se encontra regularizada, sejam vendidos em hasta pública (f. 159/167 - doc. único).

Sem contrarrazões, posto não ter havido a citação dos réus. É o Relatório.

Tempestividade e preparo

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade; estando tempestivo, ante o prazo processual decorrido entre a intimação e a interposição (f. 185 - doc. único), e devidamente preparado (f. 170 - doc. único).

Mérito

Visa a presente demanda à extinção do condomínio e alienação judicial do imóvel urbano, constituído de uma casa de morada, pendente de escritura e registro, situada na Av. José Calazans, nº 3, Centro do Município de Imbé de Minas/MG, avaliado pelo fisco estadual, aos 09.12.2019, em R$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), o qual pertenceria a cada uma das partes, na proporção de 9,0909%, por força do formal de partilha extraído dos autos de inventário nº 5004670-52.2017.8.13.0134 (f. 71/77 - doc. único).

Por sentença, contudo, o magistrado decidiu pela ausência de interesse de agir dos autores, ao argumento de que:

> não se pode olvidar que para requerer a extinção de condomínio, a parte que ajuíza a ação tem que demonstrar a sua condição de condômino, ou seja, tem que comprovar que também é proprietário do imóvel. E a prova da propriedade do imóvel se faz através da apresentação da escritura, que é o título de propriedade, devidamente transcrita no Registro de Imóveis. Entretanto, pedindo vênia pela repetição, os autores não providenciaram a regularização do registro do imóvel objeto da lide no cartório de registro de imóveis, sendo certo que se torna imprescindível para o ajuizamento a presente ação o anterior registro do imóvel no cartório competente. Acrescento, a ausência do registro na matrícula do bem inviabiliza a transferência do domínio, conforme disposto no art. 172 da Lei n. 6.015/73, bem como atenta contra o princípio da continuidade registral.

Discorda-se, entretanto, do entendimento do juízo singular, haja vista que, apesar de o imóvel em questão não se encontrar registrado em nome das partes, e nem de terceiros, já que se trata de imóvel sem matrícula no registro imobiliário, é incontroverso que sobre ele as partes possuem direitos, conforme se depreende do formal de partilha extraído dos autos de inventário nº 5004670-52.2017.8.13.0134.

Então, embora seja certo que a propriedade imobiliária adquire-se pelo registro, o qual possui natureza constitutiva, entendo que, enquanto não regularizada a titularidade do domínio, a situação das partes se configura como cotitularidade de direitos pessoais sobre imóvel, os quais possuem valor patrimonial.

E, a meu ver, nada impede que tais direitos sobre o imóvel, cuja titularidade do domínio ainda não se encontra regularizada, sejam alienados judicialmente, desde que os potenciais arrematantes sejam devidamente cientificados de que se trata da alienação de direitos e não da propriedade propriamente dita.

Pela alienação em hasta pública haverá apenas a sub-rogação do arrematante na posição jurídica dos litigantes, de modo que a obtenção do domínio e o acesso ao registro imobiliário estarão subordinados a providências futuras.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para, anulando a r. sentença, determinar o regular prosseguimento do feito.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Vicente de Oliveira Silva e Manoel dos Reis Morais.

Súmula - DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de indenização - Queda árvore - Omissão do poder público - Dano moral e estético - Ocorrência.

- A responsabilidade civil é subjetiva quando se trata de ato omissivo do poder público. Diante da comprovação da omissão ilícita do poder público quanto ao acidente, objeto da ação, impossível a aplicação das excludentes de responsabilidade; caso fortuito ou força maior.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.20.570061-0/001 - Comarca de Betim - Apelante: Empresa de Construções, Obras, Serviços, Projetos, Transportes e Trânsito de Betim - ECOS - Apelado: Ueslei Marlon Prates Xavier - Interessado: Município de Betim - Relatora: JD. CONVOCADA LUZIA PEIXÔTO.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de dezembro de 2020. - *Luzia Peixôto* - Relatora.

Voto

JD. CONVOCADA LUZIA PEIXÔTO - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Transportes e Trânsito de Betim- ECOS contra a sentença de Ordem 51 proferida pelo Juiz da Vara Empresarial, da Fazenda Pública e Autarquias, de Registros Públicos e de Acidentes do Trabalho da Comarca de Betim que, nos autos da ação indenizatória proposta por Ueslei Marlon Prates Xavier em face de Município de Betim e Empresa de Construções, Obras, Serviços, Projetos, Transportes e Trânsito de Betim-Ecos, declarou a ilegitimidade do Município de Betim e julgou extinto o processo, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil, em relação ao ente municipal e julgou parcialmente procedente o pedido do autor, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, para condenar a Empresa de Construções, Obras, Serviços, Projetos, Transportes e Trânsito de Betim-ECOS ao pagamento da quantia de R$15.000,00 (quinze mil reais), a título de danos morais, e R$20.000,00 (vinte mil reais), a título de dano estético, ambos corrigidos a partir da data da fixação (ou seja, desta sentença), conforme índice do IPCA-E, e aplicando-se juros de mora, no caso do dano moral, desde o evento danoso e, no caso do dano estético, desde a amputação do pé do autor, nos termos do índice de remuneração da caderneta de poupança.

Condenou o autor ao pagamento de honorários advocatícios, no valor de R$2.000,00 (dois mil reais), em favor do Município de Betim; todavia, suspensa a cobrança em virtude da concessão dos benefícios da justiça gratuita. Considerando o princípio da causalidade, condenou a ré Empresa de Construções, Obras, Serviços, Projetos, Transportes e Trânsito de Betim-Ecos ao pagamento dos honorários advocatícios em favor do patrono da parte autora, que fixo em 10%(dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme determina o art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Em suas razões de Ordem 54 o Município apelante alega, em síntese, a pretensão de se imputar a responsabilidade pelo acidente e pelos consequentes danos sofridos pelo Apelado a uma suposta falta da Administração Pública Municipal na conservação, manutenção e fiscalização das árvores plantadas na Praça Tiradentes.

Defende trata-se da imputação de uma falta do serviço (teoria da *faute du service*), não se aplicando a regra geral da Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado; ressurge em substituição a essa Teoria, no caso de imputação de omissão à Administração Pública, a Teoria da Responsabilidade Subjetiva.

Aduz que no dia 02.10.2017, data do acidente noticiado pelo Apelado, a Cidade de Betim foi atingida por uma forte chuva e por uma ventania muito acima do normal, fatores que, provavelmente, ocasionaram a derrubada da espécie, a qual, até então, apresentava perfeito estado fitossanitário, sem qualquer indício de risco de queda. Ressalta-se que após o episódio, a equipe técnica da apelante esteve no local e ratificou o bom estado de higidez da árvore, mas identificou a presença de cupins em sua base, sem qualquer sinal aparente da infestação, o que impossibilitou uma ação preventiva, considerando que a supressão de árvores somente se dá em casos de risco de queda e após vistoria técnica realizada por profissional habilitado.

Sustenta a inexistência de conduta ilícita da Administração Pública Municipal pelo acidente que vitimou o Apelado, não havendo que falar, desta feita, em responsabilidade pelas indenizações pretendidas, seja por danos morais, seja por danos estéticos.

Diante do exposto requer seja conhecido e provido a presente Apelação no sentido de reformar a sentença proferida, julgando improcedentes os pedidos de indenização por danos morais e estéticos formulados pelo Apelado, aplicando-se, *in casu*, a Teoria da Responsabilidade Subjetiva, reconhecendo-se a inexistência de culpa da Administração Pública do Município de Betim no evento que supostamente ocasionou os danos reclamados.

Contrarrazões à Ordem 58, pleiteando a manutenção da r. sentença de primeiro grau.

É o relatório.

Admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Mérito.

Trata-se de ação indenizatória, sustenta a parte autora que, no dia 02 de outubro de 2017, ao transitar na Praça Pública Tiradentes, localizada nesta cidade e comarca, sofreu lesões, física e moral, ao ser vítima da queda de uma árvore. Afirma que o acidente derrubou o autor no chão, bem como dilacerou o seu pé esquerdo. Posteriormente ao acidente, alega o autor que ficou internado em hospital para procedimentos médicos, além da perda de 90% (noventa por cento) do pé esquerdo. Assim,

em virtude do acidente, pugna o autor pela condenação da parte ré ao pagamento de uma indenização pelos danos morais e estéticos, no valor de 250 (duzentos e cinquenta) salários-mínimos cada.

Pois bem. No caso dos autos o art. 37, § 6º, da CF/1988 assim preceitua:

> 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 regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Desta forma, em conformidade com a Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva do Estado, lhe é atribuída a responsabilidade por qualquer evento danoso praticado por um de seus agentes, não havendo necessidade da demonstração do elemento culpa, bastando-se constatar a existência do dano, bem como o nexo de causalidade entre esse e a conduta estatal.

Conforme a Lei Municipal nº 4.762/09, alterada pela Lei Municipal nº 6.167, em janeiro de 2017, vigente à época do acidente, objeto da ação, (02 de outubro de 2017), em virtude da descentralização do serviço público, o Município de Betim delegou o serviço público ambiental à apelante, atualmente autarquia municipal.

> Art. 1º § 3º - A ECOS é uma empresa de regulação e de gestão dos transportes públicos e de trânsito municipal de Betim, bem como execução de projetos, serviços e obras públicas e serviços ambientais, dentre outras atividades correlatas.
>
> Art. 2º, XI - Compete à ECOS: [...] conservar, coordenar, controlar, manter e fiscalizar praças, parques, jardins, calçamentos, estradas e prédios públicos em geral; [...].

Pois bem. Compulsando os autos verifica-se que o acidente narrado pelo autor é incontroverso.

Conforme matéria jornalística acostada pelo autor (id. 49858080), a apelante declarou: "realizou a avaliação do local e constatou a presença de cupins no interior e na raiz da árvore, o que causou a sua desestabilização".

Desta forma, a apelante confessou a ausência de fiscalização sobre o estado fitossanitário das plantas existentes em área de uso comum, o que resultou na queda da árvore localizada em praça pública.

É dever do ente público realizar o serviço da maneira mais adequada à população e, no caso dos autos, manter a higidez ambiental dos bens localizados em áreas de domínio público. Nesse sentido, patente é a prática de conduta omissiva pela empresa ré. O segundo elemento, o dano, está também comprovado nos autos. No tocante ao dano moral, a situação pela qual o autor foi exposto violou os seus direitos à honra e à vida digna.

As fotografias acostadas aos autos demonstram que a conduta indevida da Administração Pública causou dor, exposição desnecessária da imagem, submissão aos procedimentos médicos e mudança repentina dos hábitos saudáveis de vida.

Em relação ao dano estético, os relatórios médicos de id. 49858069 comprovam a alteração da anatomia do pé esquerdo do autor, pois houve a "amputação traumática do pé esquerdo" (p. 11 do id. 49858069).

Deve-se esclarecer que o dano moral e dano estético não se confundem, conforme matéria já sumulada pelo STJ (Súmula nº 387). Ambos coexistem e devem ser reparados.

Por fim, há nexo de causalidade, nos termos do art. 403 do Código Civil, entre a conduta omissiva da Administração Pública e os danos causados ao autor, pois a omissão da ré, em fiscalizar adequadamente a situação ambiental das árvores localizadas em áreas públicas, gerou o acidente que lesionou a vítima, ora autor.

Nesse sentido, não se deve acolher a alegação de exclusão do nexo de causalidade por caso fortuito/força maior ocasionado por chuvas e ventos que atingiram o Município de Betim.

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina:

> É mister acentuar que a responsabilidade por 'falta de serviço', falha do serviço ou culpa do serviço (*faute de service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) 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 objetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19 ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 933).

A parte apelante apenas alegou a excludente de sua responsabilidade, sem trazer aos autos provas a sustentar a sua alegação, bem como a reportagem acostada em id. 49858080 constando a manifestação da parte apelante.

Nesse sentido:

> Apelação cível. Responsabilidade civil. Município de belo horizonte. Acidente. Queda de árvore. Teoria do risco administrativo. Falha no dever de guarda. Nexo causal demonstrado. Dever de indenizar configurado. Danos morais. Valor da indenização. Recurso de apelação conhecido e não provido. - A teoria da responsabilidade objetiva do poder público, prevista no art. 37, § 6º, da CR/88, aplica-se tanto nas hipóteses de danos causados por atos estatais, quanto naquelas em que o evento danoso decorre de omissão, ainda que oriunda da falha na prestação do serviço. Precedentes no Supremo Tribunal Federal. - A responsabilidade civil na hipótese de queda de árvore plantada em logradouro público repousa no dever de guarda e recai, via de regra, sobre o proprietário ou aquele que possui guarda jurídica sobre a coisa, isto é, poder efetivo sobre ela no momento em que o dano é causado. 3. Cabe ao Município demandado, na qualidade de administrador e fiscalizador dos logradouros públicos, zelar pela boa condição das árvores existentes nos espaços públicos. Ausente prova mínima de referida fiscalização, a queda de parte de árvore sobre a cabeça da apelada, enquanto caminhava em logradouro público, e ausente a demonstração da ocorrência de quaisquer excludentes de responsabilidade, exsurge o dever em indenizar a vítima pelos prejuízos materiais e/ou morais decorrentes do evento danoso. - A fixação do valor da indenização a título de danos morais deve ter por base os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se

em consideração, ainda, a finalidade de compensar o ofendido e, por outro lado, desestimular o responsável pela ofensa a praticar atos semelhantes no futuro (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.18.085319-4/001, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, 19ª Câmara Cível, j. em 08.11.2018, p. em 13.11.2018).

Apelação cível. Indenizatória. Danos materiais. Queda de árvore. Veículo em estacionamento particular. Chuvas de grande intensidade. Demonstração. Imprevisibilidade do evento natural. Força maior. Excludente de responsabilidade. Improcedência da ação. Manutenção do dispositivo da sentença. Fundamentos. Alteração. É da experiência comum a ocorrência de chuvas no período de janeiro a março na região Sudeste do país. O que não se pode prever é que estas chuvas atinjam intensidade e volume tais que cheguem a causar a queda de árvores, especialmente se nada indica que as árvores estejam velhas, doentes ou necessitem de poda. No caso dos autos, restou demonstrado que as chuvas que assolaram a cidade de São Paulo, na data do evento, superaram, em volume, a média do período e causaram uma série de eventos danosos, dentre eles, a queda da árvore sobre o veículo do requerente que estava estacionado no estabelecimento da requerida. Neste contexto, deflui clara a excludente de força maior, representada pela imprevisibilidade do evento natural inevitável, que afasta a responsabilidade da requerida pelo dano suportado pelo requerente (TJMG - Apelação Cível nº 1.0702.07.367790-9/002, Rel. Des. Luciano Pinto, 17ª Câmara Cível, j. em 04.11.2010, p. em 07.12.2010).

Desta forma, no presente caso, havendo descumprimento da Responsabilidade Civil Objetiva da apelante, a procedência dos pedidos iniciais é medida que se impõe.

Dispositivo

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO, para manter inalterada a r. sentença de primeiro grau.

Condeno a parte apelante ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do § 11 do art. 85 do CPC.

Votaram de acordo com o a JD. Convocada os Desembargadores Albergaria Costa e Elias Camilo Sobrinho.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação anulatória - Direito do consumidor - Município de Poços de Caldas - Procon - Descumprimento de normas protetivas ao consumidor - Processo administrativo devidamente instaurado - Legalidade das penalidades aplicadas.

- De acordo com a legislação consumerista de regência, qualquer entidade ou órgão da administração pública, incluindo as entidades municipais, destinado à defesa dos interesses e direitos do consumidor, tem, no âmbito de suas respectivas competências, atribuição para apurar e punir infrações à legislação das relações de consumo. Constatada, por meio de processo administrativo devidamente instaurado, a ocorrência de infrações cometidas por estabelecimento comercial, que não observou legislação estadual protetiva do consumidor, razão não há para que se afaste a multa aplicada pelo Procon e executada pelo Município. Na fixação da multa, deve-se levar em conta a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor ou prestador de serviço, além de não se distanciar dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.20.577292-4/001 - Comarca de Poços de Caldas - Apelante: ZTE do Brasil Indústria Comércio Serviços e Participações Ltda. - Apelado: Município de Poços de Caldas - Relator: DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 17 de dezembro de 2020. - *Dárcio Lopardi Mendes* - Relator.

Voto

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Trata-se de apelação cível, interposta contra sentença proferida pelo MM. Juíza da 2ª Vara Cível da Comarca de Poços de Caldas, que, nos autos da ação anulatória, ajuizada em desfavor do Município de Poços de Caldas, julgou improcedente o pedido inicial, condenando a parte autora ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015.

Em razões recursais (Ordem 45), alega a parte apelante, em suma, que muito embora o Procon detenha poder de polícia para impor sanções administrativas legalmente previstas, em virtude de infração às normas de proteção do consumidor, sua atuação deverá ser pautada na Lei nº 8.078/90 e no Decreto nº 2.181/97; que os princípios da motivação e fundamentação devem ser observados pela Administração Pública; que a r. sentença desconsiderou a existência de excludente de ilicitude da conduta da apelante, de modo que a multa aplicada pelo apelado não possui a devida motivação

e fundamentação, devendo ser anulada pelo Poder Judiciário; que a referida penalidade não possui motivação e fundamentação, já que o produto adquirido pelo consumidor foi enviado via Correios para a assistência técnica da ZTE, mas, foi extraviado no percurso, não tendo sido efetivamente entregue à apelante; que o entendimento da jurisprudência é no sentido de que deve ser anulada a multa aplicada por Procon quando não há comprovação da conduta ilícita do fornecedor; que o Procon realizou a dosimetria da pena desprovida de fundamentos, contrariando o princípio da motivação, cuja necessidade de observância está contida no art. 2º, *caput*, e incisos I, VI, VII, VIII e no art. 50, ambos da Lei Federal nº 9.784/1999; que para fins da fixação da multa administrativa, o Procon deve observar além dos parâmetros e critérios previstos no Código de Defesa do Consumidor e no Decreto nº 2.181/1997 (tais como, gravidade da infração, vantagem auferida, condição econômica do fornecedor, atenuantes e agravantes), a razoabilidade e proporcionalidade do valor (princípios que devem nortear a atuação da Administração Pública, conforme disposição do art. 2º da Lei nº 9.784/99); que tais parâmetros e critérios não foram observados, já que a multa administrativa imposta contra a apelante não é razoável nem proporcional às circunstâncias do caso.

Tece outras considerações e pugna pelo provimento do recurso. Preparo recursal à Ordem 46.

Embora devidamente intimado, o apelado não apresentou contrarrazões.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressuposto legais de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia acerca da legalidade da multa administrativa aplicada pelo Procon à empresa apelante, por infração à legislação afeta aos direitos dos consumidores (Lei nº 8.078/90 e Decreto Federal nº 2.181/97).

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) instituiu microssistema normativo, contemplando não só normas de caráter geral e abstrato, mas, também, preceitos normativos de diversas naturezas, tais como: direito civil, direito administrativo, direito processual, direito penal.

Para efetivação dessa infraestrutura de proteção, foi criado o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, que consiste no conjunto de órgãos públicos e entidades privadas responsáveis direta ou indiretamente pela promoção da defesa do consumidor.

Logo, o exercício da atividade de polícia administrativa é diferido conjuntamente a órgãos das diversas esferas da federação, sujeitando os infratores às sanções previstas no art. 56 do Código de Defesa do Consumidor, regulamentadas pelo Decreto nº 2.181/97, dentre elas, a aplicação de multa.

Os Procons, entidades ou órgãos estaduais e municipais de proteção ao consumidor, integram ao SNDC, e, por isso, consoante sua respectiva legislação, tem competência para, no âmbito de sua área de atuação, fiscalizar as condutas abusivas dos fornecedores, aplicar as penalidades administrativas correspondentes, orientar o consumidor sobre seus direitos, planejar e executar a política de defesa do consumidor, entre outras atribuições.

Destarte, incumbe aos Procons a defesa dos direitos do consumidor relacionados à má prestação de serviços por operadora de telefonia móvel, sendo-lhe lícito a aplicação de penalidades administrativas correspondentes.

É o que se depreende da leitura do Decreto Federal nº 2.181/97, em seu art. 4º, *caput*, *in verbis*:

> Art. 4º No âmbito de sua jurisdição e competência caberá ao órgão estadual, do Distrito Federal e municipal de proteção e defesa do consumidor, criado, na forma da lei, especificamente para este fim, exercitar as atividades contidas nos incs. II a XII do art. 3º deste Decreto e, ainda:
>
> I - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política estadual, do Distrito Federal e municipal de proteção e defesa do consumidor, nas suas respectivas áreas de atuação;
>
> II - dar atendimento aos consumidores, processando, regularmente, as reclamações fundamentadas;
>
> III - fiscalizar as relações de consumo;
>
> IV - funcionar, no processo administrativo, como instância de instrução e julgamento, no âmbito de sua competência, dentro das regras fixadas pela Lei nº 8.078, de 1990, pela legislação complementar e por este decreto;
>
> V - elaborar e divulgar anualmente, no âmbito de sua competência, o cadastro de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, de que trata o art. 44 da Lei nº 8.078, de 1990, e remeter cópia ao DPDC; [...].

Afinal, sempre que condutas praticadas no mercado de consumo atingirem diretamente o interesse de consumidores, é legítima a atuação do Procon para aplicar as sanções administrativas previstas em lei, no regular exercício do poder de polícia que lhe foi conferido no âmbito do SNDC.

De ressaltar que a atuação do Procon, de certo, não exclui nem se confunde com o exercício da atividade regulatória setorial realizada pelas agências reguladoras, cuja preocupação não se restringe à tutela particular do consumidor, mas abrange a execução do serviço público em seus vários aspectos, a exemplo, da continuidade e universalização do serviço, da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e da modicidade tarifária.

Nesse contexto, a atuação do Procon do Município de Poços de Caldas teve por finalidade imediata a proteção de consumidor específico, qual seja: Arnaldo Pereira Ferreira, sendo, portanto, órgão competente para fixação de multa administrativa, porque constitui exercício de seu poder de polícia.

Quanto ao procedimento administrativo e a aplicação da penalidade, certo é que o Poder Judiciário poderá apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração Pública não ultrapassou os limites.

Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro nos ensina que:

> [...] não pode o Poder Judiciário invadir este espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante do caso concreto.
>
> [...] o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapas-

> sou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 13 ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 202).

A finalidade do controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário é corrigir os atos abusivos e ilegais, assegurando que a Administração observe a lei.

O renomado doutrinador José dos Santos Carvalho Filho ensina que:

> o controle judicial sobre atos da Administração é exclusivamente de legalidade. Significa dizer que o Judiciário tem o poder de confrontar qualquer ato administrativo com a lei ou com a Constituição e verificar se há ou não compatibilidade normativa. Se o ato for contrário à lei ou à Constituição, o Judiciário declarará a sua invalidação de modo a não permitir que continue produzindo efeitos ilícitos. [...] O que é vedado ao Judiciário, como corretamente tem decidido os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de mérito administrativo, vale dizer, a ele é interditado o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público. Já tivemos a oportunidade de destacar que, a se admitir essa reavaliação, o que não corresponde obviamente à sua competência. Além do mais, a invasão de atribuição é vedada na Constituição em face do sistema da tripartição de Poderes (art. 2º). [...] os Tribunais, sensíveis às linhas que demarcam a atuação dos Poderes, têm sistematicamente rejeitado essa indevida ampliação e decidido que o controle do mérito dos atos administrativos é da competência exclusiva da Administração (CARVALHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 832-833).

Pois bem.

Compulsando os autos, vislumbro que o procedimento administrativo não incorreu em vício de ilegalidade ou abuso de direito.

O processo administrativo nº 0114-003.632-0 foi deflagrado em virtude da reclamação de Arnaldo Pereira Ferreira.

Consoante narra o consumidor (Ordem 07), em 15.09.2012, o mesmo adquiriu um tablet ZTE V9, pelo valor de R$360,86 (trezentos e sessenta reais e oitenta e seis centavos). Contudo, o produto apresentou defeito e, na vigência da garantia, foi remetido à assistência técnica da empresa requerente, em 16.07.2013, via Correios. Ocorre que, após esta data, o consumidor não recebeu qualquer retorno quanto ao reparo, não obstante às diversas tentativas de contato.

Nesse cenário, fora lavrado Auto de Infração e Multa nº 4186 pelo Procon Municipal e aplicada multa no importe de R$10.000,00 (dez mil reais), por ofensa ao art. 18, § 1º, II, da Lei nº 8.078/90.

Na ocasião, a empresa, ora apelante, foi devidamente notificada para se manifestar no prazo de 15 (quinze) dias da data de recebimento do auto, junto ao Procon, sob pena de revelia, ou para efetuar o pagamento junto à Tesouraria da Prefeitura Municipal de Poços de Caldas, no prazo de 30 (trintas) dias.

Deste contexto, força convir que o recurso administrativo da apelante foi devidamente analisado pelo Procon, inexistindo, por isso, qualquer ofensa ao contraditório ou a ampla defesa, a ensejar sua

nulidade. Ao contrário, as provas dos autos estão a demonstrar que houve observância do devido processo legal pelo Procon, que notificou a parte recorrente de todos os atos.

Sucede que a apelante não cuidou em demonstrar a ilegalidade da atuação do órgão administrativo de proteção ao consumidor.

Também não logrou êxito em comprovar o alegado extravio do produto pelo Correios.

Ao revés, restou robustamente comprovado a efetiva postagem e entrega do produto no destino final (assistência técnica da empresa ZTE).

Isto porque, no processo administrativo aberto pelo Procon de Poços de Caldas foram juntadas as cópias do "comprovante do cliente" e do rastreamento do objeto postal (SI634850745BR), que revelam que o mesmo foi postado dia 16.07.2013 na AC Poços de Caldas e entregue dia 18.07.2013 na cidade do Rio de Janeiro.

Desse modo, não há que se falar em extravio do bem e muito menos em excludente de responsabilidade da requerente, por ausência de conduta ilícita da mesma, tendo em vista que a ausência de reparo no produto, conforme solicitado pelo cliente, foi de inteira responsabilidade da empresa ZTE do Brasil Indústria Comércio Serviços e Participações LTDA.

Com efeito, não pairam dúvidas que foi a própria autora quem deu causa à aplicação de multa pelo Procon de Poços de Caldas.

Não havendo, portanto, incertezas quanto à ocorrência da infração à legislação consumerista, tem-se, acerca da multa, que foi ela aplicada com fulcro nos critérios estabelecidos pelo CDC, pela Resolução nº 11/2011 da PGJ (art. 64 e seguintes) e pela Lei nº 8.078/90, quais sejam: punir o infrator e coibir que a prática seja reiterada.

Não bastasse isso, consoante se extrai da decisão proferida, o valor da multa aplicada foi acompanhado da devida motivação, sendo observada a receita bruta da empresa, a natureza grave da infração, a vantagem apurada e a condição econômica da ora apelante, nos termos do art. 57, da Lei Federal nº 8.078/90, *in verbis*:

> Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.

Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (UFIR), ou índice equivalente que venha a substituí-lo.

Nessa toada, vislumbro que a multa, fixada em R$10.000,00 (dez mil reais), foi graduada corretamente, com observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ora, deve-se ter em mente que o consumidor se viu privado do aparelho eletrônico adquirido e pago, não tendo sequer recebido um produto similar ou ao menos obtido a restituição da quantia despendida para a compra do produto, enriquecendo-se ilicitamente a parte contrária.

À luz do exposto, foi assegurada a ampla defesa e o contraditório, sendo a decisão proferida pelo Procon devidamente fundamentada, inclusive em sede recursal, com exposição clara dos motivos fáticos e jurídicos em ensejaram a aplicação da multa, com observância da legislação pertinente para dosagem da sanção, donde não vislumbro qualquer vício capaz de macular ou anular o processo administrativo em referência.

Destarte, não há quaisquer ilegalidades na decisão administrativa impugnada, devendo, por isso, ser mantida sua autoridade.

Mediante tais considerações, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.

Majoro os honorários advocatícios para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Custas ex lege.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

HABEAS CORPUS - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - RATIFICAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL - SEGUNDA IMPETRAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - COGNOSCIBILIDADE RESTRITA AOS ASPECTOS FORMAIS - SUCEDÂNEO RECURSAL - INADMISSIBILIDADE.

- Limitada a cognoscibilidade do *habeas corpus* ao seu aspecto legal e apurado que a mais recente decisão apenas ratifica anterior decreto prisional que já havia sido objeto de *habeas corpus*, inevitável a inadmissibilidade da segunda impetração.

II - Considerando que "não é admissível a utilização de habeas corpus como sucedâneo ou substitutivo de recurso ordinário cabível" (HC nº 498.437/SP, 3ª T/STJ, rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 06.06.2019), imprestável o *writ* para discutir o inadimplemento do paciente, sua incapacidade financeira e/ou a necessidade de redução da pensão alimentícia, bem como, se defesa houvesse, reanalisar o indeferimento do pedido de cumprimento da prisão em domicílio, contra o qual caberia agravo de instrumento.

Habeas Corpus Cível nº 1.0000.20.583869-1/000 - Comarca de Belo Horizonte - Paciente: S. B. M. - Autorid coatora: Juiz de Direito de 1ª Regional Barreiro de Belo Horizonte. Relator: Des. Peixoto Henriques.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em inadmitir o *habeas corpus*.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2020. - *Peixoto Henriques*. – Relator.

Voto

DES. PEIXOTO HENRIQUES - Trata-se de *habeas corpus*, impetrado por M. B. M., em favor do paciente S. B. M. e contra ato praticado pelo M.M. Juiz de Direito da 1ª Vara Regional do Barreiro da Comarca de Belo Horizonte, consistente no indeferimento do pedido de prisão domiciliar do alimentante, em razão da pandemia causada pelo novo coronavírus, mantendo-se, assim, a prisão civil anteriormente decretada.

Em síntese, após breve resumo dos fatos, aduz o impetrante: que o paciente é devedor de alimentos, fixados em 111% (cento e onze por cento) do salário mínimo, totalizando um débito alimentar de aproximadamente R$18.000,00 (dezoito mil reais); que o paciente está desempregado, pois trabalha como *freelancer* e os eventos estão suspensos em razão da pandemia; que está em trâmite ação revisional de alimentos, destinada a reduzir a obrigação, isso em face da piora nas suas condições financeiras; que há decisão do eg. TJMG nos autos de piso acerca da possibilidade de expedir man-

dado de prisão em face do paciente; que o paciente integra o grupo de risco de contaminação da COVID-19, pelo que é prejudicial à sua saúde o cumprimento da prisão em regime fechado; que a boa-fé do paciente está demonstrada nos autos, pois além de ter comparecido espontaneamente nos autos da execução de alimentos, insiste na resolução amigável da questão junto à genitora dos alimentandos; que a situação financeira do paciente agravou-se, além do fato de que o exercício da guarda demonstra o dispêndio de gastos diários com as crianças; que o paciente não tem fonte de renda, trabalhando com atividades informais; que o paciente possui o nome negativado no mercado, em razão de uma empresa cuja atividade não foi encerrada corretamente; e, ainda, que deve ser minorada liminarmente a pensão alimentícia para 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo.

Pugna pela liminar revogação do decreto de prisão e redução da pensão alimentícia para 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo; e, no mérito, pede a confirmação da liminar.

A inicial foi instruída com documentos (docs. 2/30).

Intimado, o impetrante defendeu o cabimento do *writ* (doc. 32). Fiel ao breve, dou por relatado.

Este *habeas corpus* não deve ser conhecido.

No âmbito da cognoscibilidade do *habeas corpus*, sabido é que sua impetração deve atacar a legalidade do decreto de prisão, no aspecto puramente formal, não se prestando a discutir a capacidade financeira do devedor de alimentos ou as justificativas por ele apresentadas sobre seu inadimplemento.

Como já há muito sumulado pelo c. Grupo de Câmaras Criminais deste eg. Supremo Tribunal Estadual:

> Em se tratando de prisão civil por débito alimentar, o âmbito de cognoscibilidade do *habeas corpus* se restringe ao aspecto da legalidade, isto é, se foi obedecido o devido processo legal, se a decisão está devidamente fundamentada e foi prolatada por juízo competente (Súmula nº 60 - GCCrim/TJMG).

No mesmo rumo, já decidiu o c. STJ; confira-se:

> *Habeas corpus*. Execução de alimentos. Análise de provas. Impossibilidade. Pagamento parcial. Prisão civil. Possibilidade. Precedentes. Sentença de exoneração sem comprovação de transito em julgado. Débito anterior à ação exoneratória. Recurso não provido. 1. O *habeas corpus* não é a via adequada para o exame aprofundado de provas a fim de averiguar a condição econômica do devedor, a necessidade do credor e o eventual excesso do valor dos alimentos. Precedentes. 2. É legal a prisão civil do alimentante que deixa de pagar as três últimas prestações vencidas à data ajuizamento da execução e as vincendas durante o processo. Exoneração de alimentos declarada em ação posterior à execução de alimentos, por si, não torna ilegal o decreto de prisão (HC 89.478/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJ 25.10.2007). 3. Ordem denegada (HC nº 266.670/RJ, 4ª T/STJ, relª. Minª. Maria Isabel Gallotti, DJ 10.12.2013).

Apenas para ilustrar, eis alguns julgados deste eg. TJMG:

> Constitucional. *Habeas corpus*. Débito alimentar. Via estreita do remédio heróico. Exame de legalidade. Súmula 60 das Câmaras Criminais reunidas do TJMG. Ordem denegada. I - Tratando-se de prisão civil por débito alimentar, o exame na via estreita do 'habeas corpus' limita-se a aspectos de legalidade, por força da Súmula 60 das Câmaras Criminais Reunidas do TJMG. II - Se o paciente não comprova o pagamento das 3 (três) parcelas anteriores ao ajuizamento da execução de alimentos, somadas às que se foram vencendo no curso da lide, nos termos da Súmula nº. 309 do STJ, configurada justa causa a legitimar o ato de decretação da prisão civil do devedor, não havendo, pois, como cogitar-se da concessão da ordem (HCCív nº 1.0000.09.502748- 8/000, 8ª CCív/TJMG, rel. Des. Fernando Botelho, DJ 13.04.2010).
>
> *Habeas corpus*. Ação de execução de alimentos. Legalidade da ordem. Pagamento parcial. Prisão civil decretada. Manutenção. *Habeas corpus* denegado. 1. O decreto prisional contra o devedor de alimentos é cabível caso o executado não efetue o pagamento das três últimas prestações vencidas antes da propositura da ação, acrescidas das vencidas em seu curso, devendo subsistir a ordem prisional quando o alimentante não cumpre a obrigação de pagar. 2. A discussão acerca da impossibilidade de o paciente arcar com a obrigação alimentar não é cabível no âmbito do *writ*, restrito à análise da legalidade da ordem de prisão atual ou iminente. 3. A alegação de precariedade da situação econômica fogem do âmbito de cognoscibilidade do *writ*, devendo ser apreciadas na via própria (HC nº 1.0000.14.027481-2/000, 8ª CCív/TJMG, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, DJ 07/07/2014).
>
> *Habeas corpus* preventivo. Execução de alimentos. Artigo 733, do CPC. Pagamento parcial. Possibilidade da decretação da prisão. Legalidade. Denegada a ordem. Admite-se a discussão em sede de *Habeas Corpus* Preventivo de questões relacionadas à regularidade do procedimento e da cobrança dos alimentos. Tendo sido observadas, de forma regular, todas as fases no procedimento de execução de que cuida o artigo 733, do CPC, não tendo o executado quitado, na integralidade, as parcelas devidas, não há falar em violência e/ou ilegalidade na possibilidade de decretação da prisão do alimentante, passível de reparação pela via estreita do Habeas Corpus (HC nº 1.0000.14.001570- 2/000, 1ª CCív/TJMG, Rel. Des. Armando Freire, DJ 11.06.2014).
>
> Família. *Habeas corpus*. Ação de execução de alimentos. Prisão civil. Pagamento parcial do débito. Ordem denegada. - Não revela ilegal a decretação de prisão civil em face de devedor inadimplente que, aparentemente, não provou o pagamento integral da dívida alimentícia (HC nº 1.0000.14.016566-3/000, 1ª CCív/TJMG, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, DJ 15.05.2014).

No presente caso, constata-se que o impetrante não só defende a incapacidade financeira do paciente de continuar arcando com a pensão alimentícia anteriormente fixada, como, ainda, quer a sua redução para 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo.

Ora, como visto, não se presta o *habeas corpus* a tal fim, devendo o impetrante se valer da via adequada para tanto.

Em verdade, mais do que isso...

Como dito no despacho de ordem 31, extrai-se dos autos eletrônicos da execução de alimentos de piso (Proc. n° 5134221-56.2019.8.13.0024) que a prisão civil do paciente (alimentante) foi decretada em janeiro/2020, isso pelo prazo de 60 (sessenta) dias e em razão do débito alimentar de R$6.786,15 (seis mil setecentos e oitenta e seis reais e quinze centavos), atualizado até novembro/2019 (ID n° 101424366).

Em face desta decisão, foi impetrado o HC n° 1.0000.20.007793-1/000, distribuído à minha relatoria e onde negado o pedido liminar, bem como denegada a segurança (a cópia do acórdão consta no documento de ID ° 104656935). Ato contínuo, o executado requereu que a prisão fosse cumprida em domicílio (ID n° 1581100245), o que foi indeferido pelo d. magistrado singular (autoridade coatora) na decisão de ID n° 343286887, prolatada em agosto/2020. Nesta decisão, o d. juízo expressamente consigna que mantém a ordem de prisão civil anteriormente decretada, analisando (e indeferindo) apenas o pedido de prisão domiciliar em razão da pandemia causada pelo novo coronavírus.

Como se vê, não se trata de novo decreto prisional, mas de ratificação daquele anterior, sendo certo que a mais recente decisão sobre a modalidade da prisão poderia ter sido perfeitamente atacada por agravo de instrumento, como expressamente autoriza o art. 1.015, p. único, do CPC, não podendo o *writ* ser utilizado como sucedâneo ou substituto recursal.

A corroborar o quanto exposto, ainda colaciono os seguintes julgados do c. Tribunal de Cidadania:

> Processual Civil. *Habeas corpus*. Execução de alimentos. Prisão civil. *Writ* utilizado como sucedâneo de recurso ordinário. Impossibilidade. Aferição da possibilidade de concessão da ordem de ofício. Excesso de execução e compensação do debito alimentar com pagamento *in natura*. Inexistência de ilegalidade. O devedor não pode modificar unilateralmente a forma de cumprimento da obrigação alimentar fixada judicialmente. Constatação da capacidade financeira do alimentante. Impossibilidade na via estreita do *writ*. Precedentes. Nascimento de outro filho não justifica o inadimplemento da obrigação alimentar. Precedentes. Execução de alimentos não serve de meio para exoneração ou revisão de alimentos. Inexistência de prova pré-constituída de depósito de valores na conta bancária da genitora do alimentando. Conversão da prisão civil em domiciliar. Impossibilidade. Alegada perda do caráter alimentar. Tema não debatido na origem. Impossibilidade de exame pelo STJ. Supressão de instância. Habeas corpus denegado. 1. Não é admissível a utilização de habeas corpus como sucedâneo ou substitutivo de recurso ordinário cabível. Precedentes. 2. Não há ilegalidade ou teratologia na conclusão da autoridade coatora, de que os pagamentos feitos *in natura* pelo paciente não devem ser abatidos porque não constam do título executivo que, a propósito, não pode ser alterado pelo devedor. 2.1. A forma de cumprimento da obrigação alimentar reconhecida judicialmente não pode ser alterada unilateralmente pelo devedor. Precedentes. Pagamento que leva à liberação do devedor tem que ser feito no tempo, lugar e forma que a lei ou o contrato estabelecer. 2.3. [...] 3. A teor da jurisprudência desta eg. Corte Superior, a real capacidade financeira do paciente não pode ser verificada em habeas corpus que, por possuir cognição sumária, não comporta dilação probatória e não admite a análise aprofundada de provas e fatos controvertidos. Precedentes. 3.1. O STJ já consolidou o entendimento de que a ocorrência de desemprego do alimentante e o nascimento de outro filho não são suficientes para justificar o inadimplemento da obrigação alimentar, devendo tais circunstâncias ser examinadas em ação revisional ou exoneratória, justamente em razão da estreita via do *habeas corpus*. 3.2 Em execução de alimentos o devedor só pode alegar em sua defesa o pagamento ou a impossibilidade de fazê-lo, não existindo campo para discussão de eventual causa exoneratória porque a revisão da obrigação tem a via cognitiva própria. 4. A inexistência de prova pré-constituída impossibilita esta Corte Superior afastar a afirmativa da autoridade coatora de que inexistiu comprovação de depósito de valores na conta bancária da genitora do credor. 5. [...] 7. O decreto de prisão proveniente da execução de alimentos na qual se visa o recebimento integral de até três parcelas anteriores ao ajuizamento da ação e das que se vencerem no seu curso não é ilegal. Inteligência da

Súmula nº 309 do STJ e precedentes. 8. *Habeas corpus* denegado (HC n° 498.437/SP, 3ª T/STJ, rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 06.06.2019).

Não ignoro que, ao ser intimado a defender o cabimento do *habeas corpus*, o impetrante reforçou a incapacidade financeira do paciente e a atual situação de pandemia experimentada em todo o mundo, cujos reflexos socioeconômicos levaram ao desemprego de milhares de brasileiros. No entanto, como reiteradamente sustentado, o inadimplemento da obrigação ou a impossibilidade do alimentante de continuar arcando com o pagamento do valor arbitrado não pode ser apreciado em sede de *habeas corpus*, sobretudo no âmbito de uma segunda impetração contra o mesmo decreto prisional.

E, ainda que se alegue que a mais recente decisão trata de matéria nova, qual seja, o indeferimento do pedido de cumprimento da prisão em domicílio, repito: poderia o paciente ter interposto agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo em relação apenas a este ponto, mormente por já ter tido denegada a segurança por esta 7ª CCív/TJMG, em relação ao decreto prisional de janeiro/2020 (v. acórdão - ID ° 104656935).

Isso posto, inadmito este *habeas corpus*. É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Wilson Benevides e Alice Birchal.

Súmula - INADMITIRAM O *HABEAS CORPUS*.

Apelação criminal - Recurso defensivo - Dano qualificado - Absolvição por atipicidade da conduta - Ausência de dolo - Inviabilidade - *Animus nocendi* configurado - Reconhecimento da legítima defesa - Requisitos não preenchidos - Dosimetria - Redução da pena- Impossibilidade - Redução da pena de multa - Necessidade - Justiça gratuita - Suspensão das custas processuais.

- Não há como acolher a tese de absolvição do crime de dano qualificado por ausência de dolo, quando a prova dos autos é clara em apontar que a conduta do acusado se revestiu de *animus nocendi*.

- Ausentes quaisquer dos requisitos insertos no art. 25 do Código Penal, o pleito de ver reconhecida a legítima defesa deve ser rechaçado.

- Deve ser mantido o aumento da pena-base, em vista dos péssimos antecedentes do agente.

- Apresentando-se exacerbada a pena de multa imposta, sua redução é medida de rigor em observância ao princípio da proporcionalidade com a pena corporal.

- A concessão da assistência judiciária não inclui a isenção das custas processuais, como se depreende do art. 804 do CPP. 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 1.0720.18.000277-9/001 - Comarca de Visconde do Rio Branco - Apelante: M.J.A. - 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, 10 de novembro de 2020. - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

Voto

DES. PAULO CÉZAR DIAS - O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia contra M.J.A., qualificado nos autos, imputando-lhe a prática do delito previsto no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal.

Na sentença de f. 64/67, o MM. Juiz julgou procedente a denúncia, condenando o acusado nos termos do art. 163, parágrafo único, inciso III, do CP, sendo imposta a pena de 09 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de detenção, em regime semiaberto, além de 53 (cinquenta e três) dias-multa, à razão mínima.

Inconformada, a defesa recorreu e, em suas razões recursais, pugna pela absolvição do acusado diante da atipicidade da conduta, por ausência do dolo específico exigido para o tipo, ou em razão do acusado ter agido em legítima defesa. No que se refere à dosimetria, requer a redução da pena-base. Por fim, almeja a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, alegando que o inculpado não possui condições de arcar com as despesas dos atos processuais.

Contra-arrazoado o apelo (f. 84/89-v), subiram os autos e, nesta instância revisora, a d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (f. 95/97-v).

É o sucinto relatório.

Conheço do recurso, porque presentes todos os pressupostos do juízo de sua admissibilidade.

Ausentes preliminares, passo ao exame do mérito. Sobre os fatos, narra a denúncia, *in verbis*:

> "[...] no dia 19 de março de 2017, por volta das 21h, na Rua XXXXX, nesta cidade de Visconde do Rio Branco, MG, o denunciado, agindo de forma livre e consciente, inutilizou bem pertencente a empresa Concessionária de Serviços Públicos.
>
> Segundo restou apurado, na data acima mencionada, durante o gozo do beneficio da saída temporária, o denunciado, que se encontrava em cumprimento de pena nesta Comarca, chegou exaltado na residência do seu irmão, S.T.S., após fazer uso de bebida alcóolica e substância entorpecente.
>
> Ao que consta, o denunciado quebrou os vidros da porta, revirou todo o quarto e tentou agredir S., que tentou evitar e acabaram em luta corporal.
>
> Em seguida, o denunciado arrancou um telefônico público – "orelhão" - instalado em frente à mercearia localizada próximo à sua residência.
>
> Acionada, a polícia militar compareceu ao local e conduziu o denunciado ao presídio local.
>
> A vitima S.T.S. manifestou não ter interesse em representar contra seu irmão, ora denunciado. Laudo Pericial acostado às f. 19/21.
>
> Com efeito, não há dúvidas de que o denunciado, agindo de forma consciente e voluntária, inutilizou bem pertencente a empresa Concessionária de Serviços Públicos [...]" (f. 01D).

Ab initio, registre-se que a materialidade do delito está consubstanciada por meio do Boletim de Ocorrência (f. 03/04), Laudo Pericial (f. 19/21), sem prejuízo da prova oral.

A autoria também é inconteste, mesmo porque sequer foi contestada, em franco reconhecimento e conformação, pela defesa do recorrente, o que, aliás, encontra inteira ressonância nas provas coligidas.

Pretende a defesa, inicialmente, a absolvição do acusado diante da atipicidade de sua conduta, por ausência de dolo. Destaca que "o objeto danificado foi o meio possível, na situação fática, para que o réu fizesse sua defesa pessoal".

Todavia, sem razão.

Da análise das provas dos autos, verifica-se que a conduta do acusado não teve nenhuma relação com eventual necessidade de se defender de outrem, e sim demonstram que, em momento de fúria, destruiu o patrimônio público, atentando, ainda, contra patrimônio particular.

Ouvido na fase extrajudicial, o acusado admitiu ter arrancado o fone do aparelho telefônico "orelhão", alegando que tomou tal atitude para se defender do seu irmão, tendo em vista que haviam tido uma briga momentos antes ao seu ato de vandalismo, confira-se:

> [...] que, segundo o declarante, na data dos fatos, encontrava-se no período de saída temporária de sete dias, e que nesse dia houve um desentendimento entre o autor e seu irmão S.; que, perguntado ao declarante qual o tipo de desentendimento que houve entre ambos, respondeu: "eu só agredi meu irmão verbalmente, foi ele que me bateu com uma ripa de madeira" [...] que evadiu de sua residência correndo e foi em direção a uma venda que fica localizada próxima a residência do autor, momento em que avistou um orelhão e acabou arrancando o fone do aparelho telefônico para se defender [...] (f. 17)

Ouvido em juízo, o recorrente alterou a versão dos fatos e passou a alegar que o aparelho de telefone público já estava quebrado, razão pela qual pegou o objeto para se defender do seu irmão (mídia de f. 50). No entanto, tal alegação não encontra suporte na prova dos autos, e, se fosse verídica tal informação, a empresa de telefonia pública dona do aparelho danificado, certamente já teria ciência de tal fato e teria tomado as providências cabíveis para o reparo do bem.

Insta consignar que a apresentação de relatos desarmônicos, indubitavelmente, retira a credibilidade da palavra dos apelantes, fazendo pairar uma nuvem de suspeita sobre suas condutas, mormente quando não trazem justificativa plausível para relatarem fatos destoantes.

Ademais, a tese defensiva de que o apelante arrancou o fone do aparelho telefônico para se defender é por demais descabida, mormente porque, conforme relato do inculpado, o suposto agressor, no caso o seu irmão, nem mesmo estava nas proximidades do bem público no momento em que houve a deterioração do objeto.

Em contrapartida, sempre que ouvido, o irmão do apelante, S.T.S., foi firme e uníssono em confirmar os fatos descritos na denúncia. Referida testemunha declarou que o recorrente ainda praticou

outras ações de vandalismo, tendo quebrado um banco de madeira que estava na rua e, após arrancar o fone do aparelho telefônico, arremessou o objeto no telhado de uma propriedade particular. Confira-se:

> [...] que o declarante reside juntamente com sua esposa, sua avó de oitenta e dois anos de idade e sua cunhada; que ao lado da residência do declarante reside seu outro irmão e, entre as duas casas, foram feitos dois cômodos para M. ficar durante o período que vai para casa; que segundo o declarante, na data dos fatos, o autor estava de saída temporária de sete dias, pois o mesmo está cumprindo pena no presídio de Visconde do Rio Branco; que o declarante relata que no dia 19.03.17, por volta das 21 horas, M. adentrou em seu quarto e começou a quebrar os vidros da porta do quarto, revirando todo o quarto; que M., em seguida, se deslocou até uma mercearia que fica localizada próxima à residência do declarante, quebrando um banco de madeira no passeio da mercearia; que M., não satisfeito, arrancou o telefone do orelhão que fica instalado em frente a mercearia, jogando o telefone em cima do telhado da vizinha; que M. voltou para casa muito alterado, pois havia feito uso de bebida alcoólica e substância entorpecente; que o declarante tentou acalmar o autor, porém o mesmo estava muito descontrolado, saindo novamente de dentro de seu quarto com um pedaço de madeira de aproximadamente 90 centímetros de comprimento e 5 centímetros de largura, momento em que o autor tentou agredir o declarante, porém o mesmo o segurou e acabaram entrando em luta corporal; que M. evadiu do local tomando rumo ignorado [...] (f. 08, confirmado em juízo conforme mídia de f. 50).

Corroborando relato do irmão do recorrente, extrai-se do teor do histórico do boletim de ocorrência:

> Realizamos contato com a testemunha S.T.S., que relatou-nos que seu irmão M.J.A. está cumprindo pena no presídio de Visconde do Rio Branco, porém o autor está em saída temporária de sete dias; que nesta madrugada, o autor fez uso de bebida alcóolica e substância entorpecente "crack", e ficou agressivo, danificou o orelhão que fica em frente a sua casa, chegou em casa e quebou alguns objetos e entrou em luta corporal contra o seu irmão/testemunha (f. 04).

Como visto, ao contrário das versões contraditórias apresentadas pelo recorrente, a prova testemunhal aponta no sentido de que os fatos se deram na seguinte ordem cronológica: 1) O autor foi até a casa do seu irmão, com ânimos alterados, após ter feito uso de álcool e substância entorpecente, iniciou uma discussão e destruiu alguns objetos; 2) O autor saiu da residência do seu irmão, e na rua quebrou um banco de madeira e o fone do orelhão, deteriorando o patrimônio público; 3) O autor retornou até a casa do seu irmão e novamente começou a agredi-lo.

Importante consignar que, o fato de o agente estar nervoso, ou ter perdido o controle no momento da ação, não é suficiente para afastar o dolo da conduta.

Ainda, vale registrar que o estado alterado de embriaguez do agente não o isenta de punição, nem tem a capacidade de retirar o dolo de sua conduta. Com efeito, o nosso Código Penal dispôs sobre a hipótese de cometimento de delito sob o efeito de substâncias psicoativas, como parece ser o caso dos autos, e escolheu solução adequada.

Conforme preceitua o art. 28 do CPB, não exclui a imputabilidade penal: "II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos".

In casu, não há qualquer comprovação de que o acusado era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, ou de que agia de forma inconsciente. Ao revés, verifico o propósito de prejudicar o proprietário do bem deteriorado.

Logo, o que se percebe é que o recorrente, dolosamente, por razões egoísticas e propositais, efetuou dano ao patrimônio público, fato comprovado, inclusive pela prova pericial (f. 19/21), praticando dessa forma o crime previsto no art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal.

No mesmo norte, não vejo como reconhecer, no presente caso, ter agido o réu sob legítima defesa.

Penso que, se, de fato, tivesse atuado o réu com o fito de se defender, não teria outra solução senão a de arrancar o fone do orelhão, circunstância que não ocorreu, mormente porque, conforme se extrai da prova oral, o dano causado pelo inculpado ocorreu antes do confronto que teve com seu irmão. Não havia ninguém o ameaçando ou na iminência de agredi-lo no momento dos fatos.

Emerge, assim, que dentre os requisitos autorizadores da legítima defesa, não teria o increpado preenchido aquele que trata do uso moderado dos meios necessários para repelir a dita "injusta agressão".

De fato, a prova dos autos indica que o réu teria iniciado as agressões logo após retornar da rua, tendo tentado agredir o ofendido com um pedaço de madeira. Aqui pontuo que, se o recorrente utilizou-se de objeto diverso àquele que deteriorou para agredir o ofendido, tal circunstância vai contra suas alegações de que teve que pegar o fone do orelhão para se defender.

Portanto, não preenchidos os requisitos do comando inserto no art. 25 do Código Penal, o rechaço do pleito é medida de rigor.

A defesa ainda insurge-se quanto à dosimetria da pena. Razão pela qual passo a analisá-la.

In casu, o MM. Magistrado, na primeira fase, ao analisar as circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal, considerou como desfavoráveis ao réu apenas seus péssimos antecedentes criminais (CAC - f. 51/54-v), tendo utilizado 03 (três) condenações para macular referida circunstância judicial, motivo pelo qual a pena-base foi fixada em 09 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de detenção e pagamento de 53 (cinquenta e três) dias-multa.

Quanto a pena privativa de liberdade, entendo que o aumento de 03 (três) meses e 22 (vinte e dois) dias de detenção procedido respeitou os critérios da proporcionalidade, razoabilidade e da individualização da pena, uma vez que a análise de circunstâncias de caráter subjetivo não deve se ater a mero cálculo matemático, e sim às peculiaridades do caso concreto.

No entanto, infiro que a pena de multa deve ser reduzida, de 53 (cinquenta e três) para 13 (treze) dias-multa, vez que não foi exasperada na mesma proporção que a pena corporal. Assim, reestruturo a pena-base para 09 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de detenção e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Na segunda fase, foi reconhecida a atenuante da confissão espontânea, bem como a agravante da reincidência, sendo ambas compensadas, razão pela qual fica a pena provisória estabelecida em 09 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de detenção e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição, concretizo a reprimenda em 09 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de detenção e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Diante dos péssimos antecedentes e da reincidência do acusado, mantenho o regime semiaberto para cumprimento inicial da pena, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, e § 3º do Código Penal.

Não há que se falar em substituição da pena corporal ou em concessão do *sursis*, pois os requisitos dos arts. 44 e 77 do Código Penal não foram preenchidos, respectivamente.

Por fim, pugna o apelante pela concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, com a isenção da exigibilidade das custas processuais, as quais já foram suspensas na r. sentença recorrida (f. 67).

Impende consignar, inicialmente, que, com o advento da Lei nº 13.105, de 16 março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, os artigos 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 seu artigo 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 05 (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 ora impõe-se a aplicação subsidiária do NCPC.

Infere-se de seus arts. 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 NCPC.

In casu, nota-se que o apelante é assistido pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, o que atesta sua hipossuficiência.

A concessão da assistência judiciária, contudo, não inclui a isenção das custas processuais, como se depreende do art. 804 do CPP.

Certo, também, que o pagamento não é imediato, submetendo-se à condição suspensiva de exigibilidade prevista em lei.

Assim sendo, mantenho o sobrestando do pagamento das custas pelo quinquídio legal, indeferindo, no entanto, o pedido de isenção.

Em face do exposto, e sem maiores delongas, dou parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir a pena de multa do apelante M.J.A., concretizando-a em 09 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de detenção, em regime semiaberto, e 13 (treze) dias-multa, à razão mínima. Mantenho, no mais, a r. decisão hostilizada.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Fortuna Grion e Octavio Augusto de Nigris Boccalini

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO".

Apelação criminal - Tráfico de drogas - Aplicação da fração de 2/3 (dois terços) referente ao privilégio - Impossibilidade - Regime aberto e substituição - Pedidos prejudicados - Prestação Pecuniária - Redução - Necessidade.

- Diante da elevada quantidade de droga apreendida deve ser mantida a fração de diminuição da pena em metade, pela aplicação do privilégio.

- Prejudicados os pleitos de fixação do regime aberto e substituição da pena de prisão por restritivas de direitos.

- A prestação pecuniária deve ser fixada de forma proporcional à pena privativa de liberdade, levando-se em conta ainda as condições econômicas do réu.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0295.20.000310-7/001 - Comarca de Ibiá - Apelante: T.Y.F. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. DIRCEU WALACE BARONI.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de dezembro de 2020. - *Dirceu Walace Baroni* - Relator.

Voto

DES. DIRCEU WALACE BARONI - Trata-se de recurso de apelação criminal, interposto por T.Y.F. contra a r. sentença de f. 136/139-v., que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva e o condenou como incurso nas sanções do art. 33, *caput* e § 4º da Lei nº 11.343/06, c.c. art. 65, III, *d*, do CP, às penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor mínimo unitário, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária no valor de dois salários mínimos e prestação de serviços à comunidade, concedido o direito de recorrer em liberdade e a isenção das custas processuais.

A denúncia foi recebida em 30.06.2020 (f. 102/102-v.) e a r. sentença registrada em 17.07.2020 (f. 139-v.), da qual o réu foi pessoalmente intimado à f. 146.

Nas razões recursais de f. 165/171 pugnou, em apertada síntese, pela aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, no grau máximo de 2/3 (dois terços), a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Nas contrarrazões de f. 172/172-v. pugnou o Ministério Público pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo (f. 178/179).

É o breve relato.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos e as condições de admissibilidade.

Narra a denúncia que no dia 16.04.2020, por volta das 20h47min, na rua XX, nº XX, bairro XXX XXXXXXXX, cidade de Ibiá, o acusado tinha em depósito 142 (cento e quarenta e duas) buchas de maconha, pesando 238g (duzentos e trinta e oito gramas), sem autorização legal ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a materialidade e a autoria se mostram incontroversas, tanto que sequer houve irresignação defensiva a esse respeito, de modo que passo a examinar as teses recursais.

Embora não haja insurgência defensiva, registro que, na primeira fase da dosimetria, o Juiz *a quo* considerou as circunstâncias judiciais favoráveis ou neutras, fixando a pena-base no patamar mínimo de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, ausentes agravantes e presente a atenuante da confissão espontânea, observado o disposto na Súmula nº 231 do c. STJ, a pena provisória foi mantida no aludido patamar.

Almeja a i. Defesa a incidência da fração máxima de 2/3 (dois terços) prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06. Contudo, não lhe assiste razão.

O Juiz monocrático justificou corretamente a escolha da fração intermediária de 1/2 (meio), considerando na elevada quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas, vale dizer, 142 (cento e quarenta e duas) buchas de maconha, pesando 238g (duzentos e trinta e oito gramas), laudo de f. 40.

Neste sentido, cito precedente do c. STJ:

> *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Tráfico de drogas. Causa especial de diminuição de pena (§ 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06). *Quantum* de redução. Fração mínima (1/6). Possibilidade. Natureza e quantidade da droga. Fundamentação idônea. Art. 42 da Lei nº 11.343/06. Regime. Devidamente fundamentado. Constrangimento ilegal não evidenciado. *Writ* não conhecido. - Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. - O art. 42 da Lei nº 11.343/2006 é expresso ao afirmar: "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto". No caso, a fundamentação apresentada pelas instâncias ordinárias está de acordo com o disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/06, bem como com a jurisprudência desta Corte, a qual possui o entendimento de que a quantidade e a natureza

> das drogas podem justificar a aplicação do § 4º em fração inferior a 2/3 (dois terços). Na hipótese, foram apreendidas 45 (quarenta e cinco) porções de cocaína (50g - cinquenta gramas), tendo a Corte estadual, inclusive, ressaltado que, considerando as circunstâncias do delito, a minorante sequer deveria ter sido aplicada, não alterando a sentença nesse ponto tão somente pela falta de recurso da acusação. - A quantidade e a natureza da droga demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena. - *Habeas corpus* não conhecido (HC nº 584.047/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. em 23.06.2020, *DJe* de 30.06.2020).

No tocante aos pleitos de fixação do regime aberto e substituição da pena de prisão por restritivas de direitos, encontram-se prejudicados, f. 138-v./139.

Lado outro, apesar da ausência de questionamento defensivo a respeito, tenho que o valor da prestação pecuniária deve ser reduzido, uma vez que fora fixado em dois salários mínimos.

Ora, o valor da prestação pecuniária deve atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, levando-se em conta a pena privativa de liberdade concretizada e a condição econômica do réu, e, *in casu*, a pena foi fixada no mínimo legal e diminuída para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-mula, em razão da incidência do privilégio, tendo o acusado informado em juízo que se encontrava desempregado à época dos fatos (mídia f. 116).

Impõe-se, assim, a redução do valor da prestação pecuniária. A propósito, cito julgado deste e. TJMG:

Apelação criminal. Embriaguez ao volante. [...]. Redução da prestação pecuniária. Possibilidade. Proporcionalidade com a pena privativa de liberdade e com as condições econômicas do agente. [...]. O valor da prestação pecuniária deve ser proporcional ao *quantum* da pena privativa de liberdade e também à situação econômica do condenado. (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0114.13.000109-1/001, Rel. Des. Alberto Deodato Neto, 1ª Câmara Criminal, j. em 27.08.2019, p. em 04.09.2019 - ementa parcial).

Com efeito, reduzo o valor da prestação pecuniária para um salário mínimo.

Isso posto, e por tudo mais que dos autos consta, dou parcial provimento ao recurso, a fim de reduzir o valor da prestação pecuniária para um salário mínimo, mantendo a sentença quanto ao mais, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas nos termos da sentença.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Anacleto Rodrigues e Maurício Pinto Ferreira.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Crime de falsa identidade - Crime caracterizado - Direito de autodefesa - Inocorrência - Ausência de dolo - Irrelevância - Crime formal - Conduta típica - Tráfico de drogas - Absolvição - Impossibilidade - Materialidade e autoria devidamente comprovadas.

- O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 640139, firmou posicionamento no sentido de que a conduta prevista no art. 307 do Código Penal é típica, não sendo alcançada pelo princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88). "O crime do art. 307 é de natureza formal e completa-se com a mera atribuição de identidade que não pertence ao agente, independente de vantagem própria, ou dano a terceiro". Havendo provas da autoria e materialidade dos delitos descritos na denúncia, devem ser mantidas as condenações da acusada como incursa nas sanções a eles referentes, sendo inviáveis os pretendidos pleitos absolutórios.

V.v.p.: Apelação criminal - Tráfico de drogas - Desclassificação operada - Porte de substância entorpecente para consumo próprio - Falsa identidade - Atipicidade da conduta evidenciada - Absolvição.

- O reconhecimento da hedionda mercancia reclama prova absolutamente segura. A superveniência de dúvidas em se saber se o agente é traficante ou usuário faz prevalecer a segunda hipótese como solução decorrente do princípio *in dubio pro reo*.

- Não há falar em crime de falsa identidade se o agente não tirou proveito de sua conduta, que tampouco acarretou prejuízo ao Estado, haja vista haver sido prontamente apurada e constatada a sua verdadeira identidade.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0155.18.000850-2/001 - Comarca de Caxambu - Apelante: M.L.E. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: DES. CORRÊA CAMARGO.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO PARCIALMENTE O DES. RELATOR.

Belo Horizonte, 2 de dezembro de 2020. - *Corrêa Camargo* - Relator.

Voto

DES. CORRÊA CAMARGO - Trata-se de apelação criminal, interposta por M.L.E., face à r. sentença de f. 74/77, que a condenou pela prática de crimes, previstos no art. 33, da Lei nº 11.343/06 (tráfico de drogas), e no art. 307, do Código Penal (falsa identidade).

Em razões recursais, ofertadas às f. 85/86, suscitou a sua defesa preliminar de nulidade, aduzindo que a sua prisão teria sido decorrente de mandado de busca e apreensão, que, em desconformidade com o que determina o art. 243 do Código de Processo Penal, destinava-se à pessoa do seu marido. No mérito, pugnou pela sua absolvição, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código Penal.

Contrariado o recurso (f. 88/92), subiram os autos conclusos, e, nesta instância, opinou a Procuradoria Geral de Justiça (f. 98/101).

É, em síntese, o relatório.

Segue a decisão:

Contrário ao que alega a defesa, o mandado de busca e apreensão, acostado à f. 23, não padece de vícios, estando absolutamente de acordo com a finalidade à qual se dispunha.

Vejamos, pois, o que nele consta:

> [...] O(A) MM. Juiz(íza) de Direito da Vara supra autoriza o Sr. Dr. R.O.S., delegado de polícia, com observância das normas previstas nos arts. 240 a 250, do CPP, proceder à busca e apreensão de elementos de convicção, objetos, instrumentos destinados ou utilizados na prática de delitos e produtos de crime porventura existentes no imóvel situado na R. Glória Tereza de Jesus, n° 114, domiciliado por R.O.A., v. "R.". Tal diligência decorre dos fatos e motivos narrados no autos do processo acima mencionado [...].

Note-se que todas as formalidades legais (vide art. 243 do CPP) foram obedecidas na elaboração do mencionado documento, tendo este indicado o local onde seria realizada a diligência, mencionado o motivo e a sua finalidade, além de subscrito pela autoridade que o expediu.

E inobstante a ordem judicial tenha sido direcionada a R.O.A., este era casado e morava com a ré, que, por ocasião do ato (busca domiciliar), acabara sendo presa em situação de flagrante, ou seja, enquanto exercia a guarda de substâncias entorpecentes proscritas.

Ademais, ressalte-se que ela fora abordada em frente à residência onde seriam realizadas buscas, momento em que, inclusive, atribuiu-se identidade falsa, na tentativa de ludibriar os policiais.

Tudo considerado, rejeito a prefacial erigida, conhecendo do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

E para contextualizar, eis a narrativa acusatória:

> [...] No dia 05 de abril de 2018, por volta das 16h30min, na Rua XXXXXXXXXXX, neste Município de Caxambu/MG, a denunciada guardava, para fins de levar a consumo de terceiros, 20g (vinte gramas) de cocaína, conforme laudo de constatação preliminar de f. 11/12, substância esta causadora de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, bem como atribuiu-se falsa identidade para obter vantagem em proveito próprio.
>
> Apurou-se que, na data dos fatos, a Polícia Militar recebeu denúncia anônima dando conta de que a denunciada, companheira de R.O.A., vulgo "R.", conhecido pelo envolvimento com o tráfico de drogas e

> atualmente preso preventivamente por outro crime, encontrava-se nas proximidades de sua residência realizando o comércio de entorpecentes.
>
> Diante disso, os militares se dirigiram ao local e deram cumprimento a mandado de busca e apreensão anteriormente expedido para o endereço supramencionado. Ao ser encontrada pelos agentes públicos defronte à sua residência e abordada, M., visando a ocultar que era companheira de R. e, por conseguinte, o envolvimento com o tráfico de drogas, identificou-se como K.C., sua concunhada.
>
> Ocorre que, durante o cumprimento da medida na residência, os policiais militares localizaram em, um quadro fixado na parede do quarto da denunciada, a droga apreendida, bem como documentos que comprovaram sua verdadeira identidade.
>
> Prosseguindo nas buscas, os agentes encontraram vários saquinhos de "chup-chup", comumente utilizados para embalar entorpecentes, também no quarto da denunciada [...].

É o que, nos termos já relatados, ensejou a condenação e, por desdobramento, a interposição do presente inconformismo.

Não tendo sido arguidas preliminares e inexistindo irregularidades a serem sanadas de ofício, passa-se ao exame do mérito recursal.

Concernente ao desate condenatório, ressai indubitável a materialidade delitiva, eis que devidamente amparada pelas provas coligidas aos autos, dentre as quais o destaque para o Auto de Prisão em Flagrante Delito (f. 02/07), para o Auto de Apreensão (f. 08) e para o Laudo Químico-toxicológico Definitivo (f. 53).

Em contrapartida, no tocante à autoria, destaca-se:

Somente o que pesa contra a apelante, são os vagos depoimentos prestados pelos militares, R.M.S. (f. 02/03) e A.R.A. (f. 05/06), os quais, além de não a terem visto comercializando entorpecentes, abordaram-na próxima ao local onde estavam para cumprir um mandado de busca e apreensão, expedido em desfavor do seu marido, o qual sequer se fez presente; somente em juízo (mídia anexa à f. 62), é que R.M.S. acrescentou haver tomado conhecimento, por meio de denúncia anônima, de que M. também estava traficando drogas, em concurso com o seu amásio.

Esta, por seu turno, confessara, em juízo (mídia anexa à f. 62), a propriedade do entorpecente que, segundo ela, estaria guardando para o próprio consumo; quanto à acusação de que omitira a verdadeira identidade, para tentar ludibriar os militares, aduzira ter ficado nervosa e, por isso, apresentado nome falso, passando-se pela sua concunhada.

Pois bem.

Em relação ao tráfico de drogas, nada de concreto foi juntado aos autos.

Todavia, sendo impossível desprezar a apreensão realizada e a confissão de propriedade, desclassifica-se a conduta que lhe foi imputada para a do tipo penal, insculpido no art. 28 da Lei nº 11.343/06 (porte/posse de droga para o consumo próprio).

Isso porque, em sendo certo que reconhecimento da hedionda mercancia reclama prova absolutamente segura, a superveniência de dúvidas em se saber se o agente é traficante ou usuário faz prevalecer a segunda hipótese como solução decorrente do princípio *in dubio pro reo*.

Finalmente, ressalte-se que, para a caracterização do tipo, previsto no art. 307 do Código Penal, venho adotando posicionamento no sentido de ser necessária a ocorrência de resultado naturalístico, consistente em relevante prejuízo à máquina estatal.

In casu, porém, a apelante, além de não ter tirado vantagem da conduta de atribuir-se identidade falsa, não causou significativo prejuízo, pois, em que pese tenha ela, durante a sua abrodagem, informado, verbalmente, nome fictício, logo em seguida restou apurada a sua verdadeira identidade.

Posto isto, encerrou-se o inquérito policial, nele fazendo constar identificação correta, da qual, inclusive, se valeu o *Parquet* para o oferecimento da denúncia.

Revela-se, assim, fato juridicamente irrelevante, do qual não adveio resultado naturalístico e, por isso mesmo, há de ser a ré absolvida.

Ante o exposto, dou parcial provimento recurso, determinando a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal da comarca, para o devido prosseguimento, em obediência ao comando do art. 383, § 2.º, do Código de Processo Penal.

Porquanto assistida pela defensoria pública, isento-a, ainda, do pagamento das custas processuais.

É como voto.

DES.ª VALÉRIA RODRIGUES QUEIROZ (REVISORA) - O douto relator rejeitou a preliminar de nulidade do feito e, no mérito, deu parcial provimento ao recurso defensivo, para absolver a apelante da prática do delito de falsa identidade, além de desclassificar a conduta da recorrente para aquela prevista no art. 28 da Lei n° 11.343/06, determinando a remessa dos autos para o Juizado Especial Criminal da Comarca.

Peço vênia para divergir de seu judicioso voto, no que toca à absolvição da ré pela prática do delito previsto no art. 307 do Código Penal, e à desclassificação do delito de tráfico de drogas para a conduta prevista no art. 28 da Lei n° 11.343/06.

Inicialmente, analisa-se o delito de falsa identidade.

Ao exame dos autos, verifica-se que a materialidade do delito restou devidamente delineada pelo APFD de f. 02/07, pelo boletim de ocorrência de f. 17/21 e pelas declarações prestadas em juízo, constantes em mídia audiovisual à f. 62.

De igual modo, não há dúvidas quanto à autoria imputada à apelante.

Conforme se depreende do conjunto probatório do feito, policiais militares em cumprimento de mandado de busca e apreensão por suspeita da ocorrência do delito de tráfico de drogas na residência da recorrente, ela se identificou como K.C., sendo esta, em verdade, sua concunhada. Consta

que os militares apenas descobriram a real identidade da acusada ao localizarem uma carteira de trabalho com foto durante as buscas no imóvel, tendo sido informados por uma testemunha que a ré teria lhes passado identificação falsa.

Diante de todas as evidências, inviável a alegação defensiva de ausência de dolo na conduta, a qual teria respaldo na tentativa da ré em se resguardar, posto que diante do cumprimento de mandado de busca e apreensão em sua residência, local onde estariam acondicionadas substâncias entorpecentes.

A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 522, que dispõe "A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa".

Da mesma forma, em que pese o entendimento exarado pelo douto Relator, entende-se não ser necessária a ocorrência de resultado naturalístico ou efetivo prejuízo à máquina estatal, para a configuração do delito em comento. Ora, "o crime do art. 307 é de natureza formal e completa-se com a mera atribuição de identidade que não pertence ao agente, independente de vantagem própria, ou dano a terceiro" (TACrSP, RJDTACr 25/468; TJSP, RJTJSP 157/301).

Assim, a meu ver, deve ser mantida a condenação da apelante em relação ao disposto no art. 307 do Código Penal.

No tocante à reprimenda impingida à recorrente, restando esta fixada no mínimo legal, respeitando-se os critérios de adequabilidade e proporcionalidade, não há qualquer reparo a ser feito.

Passa-se, a seguir, à análise do delito de tráfico de drogas.

A recorrente, em juízo (mídia à f. 62), negou envolvimento com o tráfico de drogas, asseverando que as substâncias apreendidas seriam destinadas ao seu próprio consumo. Perguntada, alegou que reagiu de forma agressiva à abordagem policial vez que havia feito uso de crack e cocaína no dia dos fatos.

No entanto, não há como incutir credibilidade às declarações da acusada, eis que isolada nos autos. É certo que a simples alegação de que as drogas arrecadadas em sua residência seriam para seu próprio consumo não o afastam da responsabilidade penal.

Ademais, no caso, a corroborar a prática dos delitos, encontram-se os relatos seguros e harmônicos dos policiais militares que participaram da ocorrência, vejamos:

A.R.A., em juízo (mídia à f. 62), asseverou que no dia dos fatos os policiais militares receberam denúncia, via 190, de que a acusada estaria traficando drogas em frente à sua residência, sendo certo que, diante do conhecimento de pendência no cumprimento de mandado de busca e apreensão para o referido imóvel, deslocaram-se até o local. Narrou que ao adentrar na casa, acompanhados por uma testemunha, foi localizada a droga - uma pedra grande de cocaína - atrás de um quadro. Tem-se que, quando os policiais chegaram ao local, a suspeita se encontrava sentada do outro lado

da rua e informou o nome de uma parente sua, sendo contestada por um vizinho que revelou sua real identidade. Destacou que após localizados os entorpecentes, a apelante ficou bastante exaltada, negando a todo momento a propriedade da droga.

A seu turno, R.M.S., perante autoridade judicial (mídia à f. 62), narrou que em cumprimento a um mandado de busca e apreensão no endereço da recorrente foi encontrada substância semelhante à cocaína. Destacou que inicialmente a ré informou identidade diversa da sua, tendo negado a todo momento a propriedade das drogas encontradas, alegando terem sido estas plantadas pelos policiais, ameaçando-os. Asseverou, por fim, existirem notícias de que após a prisão de seu companheiro, estaria a recorrente substituindo-o na mercancia de entorpecentes.

Vê-se que os depoimentos dos agentes policiais são plenamente convincentes e idôneos, tendo relatado de maneira harmônica e coerente a apreensão das drogas em poder da acusada, opondo-se à sua versão.

Ademais, no caso, a defesa não trouxe nenhum indício concreto apto a desabonar ou reduzir a credibilidade das declarações e depoimentos dos agentes policiais, a corroborar a alegada perseguição, valendo lembrar que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, nos termos do art. 156 do CPP.

Convém ressaltar que os policiais não devem ser considerados inidôneos ou suspeitos em virtude, simplesmente, de sua condição funcional, sendo certo e presumível que eles agem no cumprimento do dever, dentro dos limites da legalidade. Aliás, seus depoimentos se revelam de extrema importância, notadamente em crimes como o dos autos, na maioria das vezes praticados na clandestinidade, o que faz com que tais servidores sejam as únicas testemunhas dos fatos delituosos.

Cumpre ainda destacar que, além dos importantes relatos dos policiais, foram encontrados no interior da residência da apelante 20g (vinte gramas) de cocaína, 02 (dois) celulares e diversos sacos plásticos comumente utilizados para embalar os entorpecentes, tudo a evidenciar a prática do delito de tráfico de drogas.

Frise-se que o delito de tráfico de drogas é de mera conduta, ou seja, para a sua configuração não é indispensável que o agente seja flagrado no ato da mercancia ou após vender a droga, bastando a prática de qualquer verbo do núcleo que integra o tipo penal: "Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

Portanto, ao contrário do esposado pela defesa, entendo que o conjunto probatório é seguro e preciso, tudo a evidenciar a prática dos delitos pela recorrente, razão pela qual mantenho a condenação bem operada em primeiro grau.

Ante o exposto, acompanho o voto condutor para rejeitar a preliminar defensiva, divergindo, contudo, no mérito, para negar provimento ao recurso, mantendo inalterada a condenação.

DES. EDUARDO BRUM - Acompanho a rejeição da preliminar, nos termos do v. voto prolatado pelo eminente Relator, mas, no mérito, *d.v.*, divirjo de Sua Excelência, acompanhando *in totum* o v. voto divergente lançado pela insigne Revisora, também negando provimento ao recurso defensivo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO PARCIALMENTE O DES. RELATOR.

Apelação criminal - Tráfico de drogas - Conduta comprovadamente típica - Ineficácia absoluta do meio - Inocorrência - Coação moral irresistível - Improcedência - Condenação mantida - Isenção das custas processuais -Matéria afeta ao juízo da execução.

- Para se reconhecer o crime impossível, em face da ineficácia absoluta do meio, é necessário que o meio utilizado pelo agente seja inteiramente ineficaz para a obtenção do resultado, não configurando aludida atipicidade se o meio era relativamente inidôneo, de forma que houvesse um perigo, ainda que mínimo, de ofensa ao bem jurídico tutelado. Não se desincumbindo a defesa do ônus de demonstrar a alegada coação moral irresistível e inexistindo, ademais, provas de que da suposta vítima foi completamente retirada qualquer possibilidade de reação, afasta-se o reconhecimento da exculpante prevista no art. 22, primeira parte, do CP. A condenação do vencido ao pagamento das custas decorre de expressa previsão legal (art. 804 do CPP), sendo que eventual impossibilidade de pagamento deverá ser analisada pelo juízo da execução, quando exigível o encargo.

Apelação Criminal nº 1.0114.16.001434-5/001 - Comarca de Ibirité - Apelante: K.E.A. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: **Des. Alberto Deodato Neto.**

Acórdão

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

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2020. - *Alberto Deodato Neto*. – Relator.

Voto

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Trata-se de recurso de apelação, interposto por K.E.A., contra a sentença de f. 190/192, que o condenou como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06, às penas de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, concedido o apelo em liberdade.

Denúncia às f. 1d/2d.

Intimações regulares, f. 193v e 195.

Pleiteia a defesa, razões de f. 206v/208, a absolvição do apelante diante da alegada atipicidade da conduta, pela ocorrência de crime impossível, ou pelo reconhecimento da coação moral irresistível. Pede, ainda, a isenção do pagamento das custas processuais.

Contrarrazões às f. 209/213v, em que o Ministério Público pugna pelo não provimento do recurso, ao que aquiesce a Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 220/225.

É o Relatório.

Conheço o recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Ausentes preliminares, arguidas ou apreciáveis de ofício. Materialidade e autoria incontestes.

Pleiteia a defesa a absolvição do apelante pela ocorrência de crime impossível ou pelo reconhecimento da excludente de culpabilidade da coação moral irresistível.

No entanto, sem razão.

Extrai-se dos autos que, em data de 07 de janeiro de 2015, por volta de 11h43min, o apelante retornava para o recolhimento no Presídio Municipal de Ibirité, após ter sido beneficiado pelo indulto de Natal, quando demonstrou agitação e nervosismo perante os agentes penitenciários que o receberam.

Desconfiados, os agentes penitenciários encaminharam o acusado à Penitenciária Nelson Hungria, em Contagem, onde o autor foi submetido ao procedimento de *scanner* corporal, sendo constatado que K. trazia substâncias entorpecentes dentro de seu estômago e intestino.

Na enfermaria do estabelecimento prisional, o recorrente expeliu 89 (oitenta e nove) invólucros de maconha e, após ser encaminhado para o Hospital Municipal de Ibirité, expeliu o restante das substâncias, totalizando 242,51g de maconha.

Ouvido na fase inquisitiva, o réu confessou a propriedade e ingestão dos entorpecentes (f. 6). Em juízo, K. alterou parcialmente sua versão, afirmando que foi coagido e ameaçado por outro detento para que ingressasse no estabelecimento prisional com as drogas. Disse que recebeu as substâncias no dia em que saiu do cárcere e que guardou-as em sua residência por oito dias, até a data do flagrante, quando transportou-as em seu organismo até o presídio (mídia de f. 152v).

Cumpre mencionar que o crime de tráfico de drogas comporta diferentes núcleos em sua tipificação, dentre eles os de "transportar", "trazer consigo" e "guardar", sendo irrelevante à sua configuração a efetiva prática de atos de comércio quando da prisão em flagrante.

Assim, consumou-se o delito em tela, pouco importando que o réu não tenha, efetivamente, ingressado no presídio com as substâncias.

E, consumado o crime de tráfico de drogas, não há que se falar em absolvição pela ocorrência de crime impossível, como pretendido pela defesa.

Como ensina o mestre Julio Fabbrini Mirabete, para o reconhecimento do crime impossível "é necessário que o meio seja inteiramente ineficaz para a obtenção do resultado". Ele afirma, também, que "não exclui a existência da tentativa a utilização de meio relativamente inidôneo, quando há

um perigo, ainda que mínimo, para o bem jurídico que o agente pretende atingir" (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 15. ed. São Paulo: Atlas, 1999, pág.166).

Ora, nem todo estabelecimento prisional dispõe de bancos com sistema de detector de metais e/ou *scanner* corporal (inclusive, o presídio de Ibirité não possuía tais equipamentos, tendo sido o apelante conduzido à Penitenciária Nelson Hungria para realização do procedimento de *body scan*) e, ainda que assim não fosse, por eventual descuido ou negligência dos agentes penitenciários (ou mesmo se K. não tivesse sido submetido ao referido procedimento), ele poderia ter adentrado o estabelecimento prisional com a droga, a qual, frise-se, havia sido ingerida e já estava «armazenada» no organismo do autor.

Portanto, ainda que se considere ter sido pequena a possibilidade de o recorrente obter êxito no ingresso ao interior do presídio em posse da droga, não se pode falar em absoluta ineficácia do meio. Em casos semelhantes, já decidiu este eg. Tribunal:

> Apelação criminal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Circunstâncias da apreensão das drogas. Provas suficientes do comércio ilícito. Desclassificação para uso compartilhado. Não cabimento. Condenação mantida. Manutenção da causa de aumento de pena. Imediações do estabelecimento prisional. Crime impossível. Tese não acolhida. Meio próprio. Recurso conhecido e desprovido. I - Tendo a prova dos autos, em seu conjunto, apontado para a prática do comércio ilegal de entorpecentes em desfavor do réu, ainda que haja peremptória negativa de autoria, é de se manter a sentença condenatória recorrida, não havendo se falar em desclassificação ou absolvição. I - O acusado que transporta e trás consigo entorpecentes com o intuito de reparti-la aos demais detentos, (tendo todos somados esforços para a compra), sendo surpreendido quando o transportava ao destino, pratica o crime de tráfico de drogas e não de uso compartilhado. III - Comprovado nos autos que as drogas apreendidas na posse do apelante eram destinadas ao tráfico, não há se falar em desclassificação do delito para a conduta de uso compartilhado, vez que não há provas de que o acusado ofereceu droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem. IV - Existindo provas suficientes de que o réu transportava e trazia consigo drogas nas imediações de estabelecimento prisional, necessária a manutenção da majorante do art. 40, inciso III, da Lei 11343/06. V - A existência de sistema de fiscalização para entrada no estabelecimento prisional apenas dificulta a consumação da empreitada criminosa, não havendo se falar em absoluta ineficácia do meio e, via de consequência, na hipótese de crime impossível (TJMG - Apelação Criminal 1.0701.14.036660-3/001, Relator: Des. Adilson Lamounier, 5ª Câmara Criminal, j. em 15.03.2016, p. em 21.03.2016).

> Apelação criminal. Tráfico de drogas em estabelecimento prisional. Absolvição. Impossibilidade. Robustez do conjunto probatório. Autoria e tipicidade largamente demonstradas. Crime impossível. Inocorrência. Condenação mantida. Participação de menor importância. Não caracterizada. Reconhecimento da causa de diminuição do § 4º da Lei 11.343/06. Inviabilidade. Concessão da pena restritiva substitutiva. Descabimento. Redução da pena de prestação pecuniária. Viabilidade. Recurso do primeiro apelante não provido e recurso da segunda apelante provido em parte. - Mostrando-se robusto o conjunto probatório no sentido de demonstrar a materialidade e a autoria delitivas, bem como a destinação mercantil do entorpecente apreendido, impossível a absolvição dos acusados. - O fato de ser um estabelecimento prisional, com sistemas de vigilância, não configura crime impossível a prática de tráfico de drogas. - Não há que se falar em participação de menor importância se o acusado atuou na ação criminosa como

> coautor, possuindo o domínio do fato. - Inviável o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando não for recomendável ao caso, ante as condições em que se deram os fatos. - Impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando não preenchidos os requisitos previstos no art. 44, I e III, do Código Penal, bem como o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena para o aberto, se o réu não cumpre o disposto no art. 33, § 2º, "c", do CPB (TJMG - Apelação Criminal 1.0301.14.007079-0/001, Relator: Des. Furtado de Mendonça, 6ª Câmara Criminal, j. em 15.12.2015, p. em 22.01.2016).

De igual modo, não ficou suficientemente demonstrada a ocorrência de coação moral irresistível, tampouco que esta teria sido suficiente a tolher por completo a vontade do acusado.

Isso porque a defesa não arrolou nenhuma testemunha que pudesse comprovar tal alegação, nem mesmo trouxe aos autos informações que auxiliassem na identificação do detento que, supostamente, teria ameaçado o apelante.

Além disso, conforme bem destacado pela magistrada sentenciante, "o próprio acusado afirmou que permaneceu com o material entorpecente em sua residência durante 08 (oito) dias, não fazendo nada no sentido de alertar as autoridades policiais" (f. 191).

Assim, o réu não se desincumbiu do ônus de provar a presença da excludente de culpabilidade de forma induvidosa (art. 156 do CPP).

Ademais, somente se configura a exculpante do art. 22, primeira parte, do CP, quando a coação for verdadeiramente irresistível, retirando da suposta vítima mínimas condições de reagir. Não basta, portanto, a simples ameaça. Sobre o tema:

> Apelação Criminal. Tráfico de drogas e posse de arma e munições de uso permitido. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Coação moral irresistível. Inocorrência. Requisitos do art. 22 do Código Penal não preenchidos. Condenação mantida. Alteração de regime prisional. Não cabimento. Recurso não provido. 01. Se a autoria e a materialidade dos delitos de posse de arma de fogo e munições de uso permitido e tráfico de drogas restaram comprovadas pelo firme conjunto probatório, não há falar-se em absolvição. 02. A absolvição baseada no reconhecimento da coação moral irresistível, para ser aceita como excludente de culpabilidade, deve ser substancialmente comprovada por elementos concretos no processo, não bastando a simples versão dada por aquele que se diz vítima de coação. 03. Para o crime de tráfico de entorpecentes, o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser o fechado, em observância à disposição contida no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, modificada pela Lei 11.464/2007 (TJMG - Apelação Criminal 1.0027.12.035109-6/001, Relator: Des. Rubens Gabriel Soares, 6ª Câmara Criminal, j. em 27.01.2015, p. em 06.02.2015).
>
> Apelação Criminal. Tráfico ilícito de entorpecentes e posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Condutas, em tese, tipificadas no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e artigo 12 da Lei 10.826/03, em concurso material. irresignação defensiva. absolvição. Excludente de inexigibilidade de conduta diversa tendo agido sob coação moral irresistível. Não comprovação. Impossibilidade. Recurso desprovido. Para que se reconheça a exclusão da culpabilidade, através da configuração da coação moral irresistível, deve estar cabalmente comprovada nos autos a presença de todos os seus elementos, e não sendo inconteste a existência da ameaça, bem como a irresistibilidade da coação, não há que se

> acolher a pretensão defensiva. As provas dos autos não autorizam a conclusão da negativa de autoria do delito capitulado no art. 33, caput da Lei 11.343/2006, mesmo porque, não há motivos para afastar a idoneidade da atuação dos policiais e de seus depoimentos, não havendo, tampouco, qualquer dúvida de que o apelante guardava a droga apreendida, de forma individualizada e acondicionada em diversos invólucros prontos para o comércio/fornecimento a terceiros, não tendo sido apresentada qualquer prova convincente em sentido contrário (TJMG - Apelação Criminal 1.0686.12.004355-5/001, Relator: Des. Walter Luiz, 1ª Câmara Criminal, j. em 24.02.2015, p. em 06.03.2015).

Cumpre ainda mencionar que, conforme se extrai das CACs de f. 185/186 e 187/188, K. é reincidente específico e possuidor de maus antecedentes, já tendo sido condenado definitivamente, por duas vezes, pela prática do mesmo delito de tráfico de drogas, o que evidencia que o crime em questão não se trata de fato isolado em sua vida.

Por todo o exposto, ficam afastadas as teses absolutórias, impondo-se a manutenção da sentença proferida em primeiro grau.

Registro que não há qualquer alteração a se proceder em relação às penas fixadas na sentença. Embora a juíza de primeiro grau tenha incorrido em erro material quando do cálculo definitivo da reprimenda do apelante, tratando-se de recurso exclusivo da defesa, nenhuma correção pode ser feita, sob pena de *reformatio in pejus*.

Por fim, a condenação do vencido ao pagamento das custas processuais decorre de expressa disposição legal (art. 804 do CPP) e, considerando-se que sua exigibilidade está atrelada à fase de execução da sentença, relega-se a este juízo - o da execução - a análise de eventual impossibilidade de pagamento.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença penal condenatória.

Custas recursais pelo apelante, na forma do art. 804 do CPP.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Flávio Batista Leite e Wanderley Paiva.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Latrocínio - Legítima defesa - Inocorrência - Desclassificação para lesão corporal e exercício arbitrário das próprias razões - Inviabilidade - Redução da pena corporal - Incabimento - Diminuição da pena de multa - Necessidade - Abrandamento do regime prisional - Descabimento - Majoração dos honorários - Possibilidade.

- Não havendo nos autos qualquer elemento probatório concreto a apontar que o acusado tenha de fato agido amparado pela excludente de ilicitude da legítima defesa, descabe sua absolvição a partir de mera alegação improvada.

- Comprovadas autoria e materialidade delitivas concernentes ao crime de latrocínio, sendo o *animus* do réu demonstrado pelas provas nos autos, não há que se falar desclassificação criminal benéfica.

- Presentes dados concretos de reprovabilidade, deve ser mantida a pena-base fixada em patamar acima do mínimo legal.

- A reprimenda pecuniária segue a lógica dosimétrica da corporal, de modo que sobre ela devem ser aplicadas as mesmas frações de aumento ou diminuição impostas àquela.

- Tendo em vista que a sanção corporal foi estabelecida em patamar superior a quatro anos e o que o agente é reincidente, impõe-se a manutenção do regime fechado para desconto da pena privativa de liberdade.

- Tratando-se de defensor dativo, cabível a majoração dos honorários por sua atuação em instância recursal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0621.19.001486-3/001 - Comarca de São Gotardo - Apelante: E.F.V.J. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2020. - *Paulo Calmon Nogueira da Gama* - Relator.

Voto

DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA - Trata-se de recurso de apelação, interposto por E.F.V.J., contra a sentença de f. 142/147, na qual foi condenado, pela prática do delito descrito

no art. 157, § 3º, I, do Código Penal, às penas de nove anos e três meses de reclusão, em regime fechado, além de noventa e sete dias-multa, fixados no mínimo legal.

Constou da peça acusatória que, no dia 16 de maio de 2019, por volta de 20h15min, na Avenida XXXXXXXXX XXXXXXX XX XXXXXXXX, nº XXX, Bairro XXXXXXXXX XXXXXXX, em São Gotardo/MG, o acusado subtraiu, mediante violência, a quantia aproximada de R$100,00 (cem reais), pertencente à vítima R.A.A.

Apurou-se, segundo a denúncia, que o réu contratou a vítima para levá-lo até o Bairro XXXXXXXXX XXXXXXX. Chegando ao destino, pediu ao mototaxista para dar algumas voltas pelo bairro com o intuito de localizar um indivíduo. Enquanto deslocavam-se para o ponto indicado por E., o ofendido foi golpeado nas costas pelo acusado com um canivete e ambos caíram no chão, juntamente com a moto.

Ressaiu, ainda, que após a queda, entraram em luta corporal, momento em que o réu desferiu novos golpes de canivete contra a vítima e retirou a pochete que ela carregava. Em seu interior, continha chaves, uma agenda e pouco mais de R$100,00 (cem reais).

A denúncia foi recebida em 13 de junho de 2019, f. 52, e a sentença condenatória publicada em mão do escrivão judicial aos 10 de outubro de 2019. O réu foi intimado da decisão em f. 157.

Em razões recursais de f. 165/168, a defesa requereu a absolvição do réu com base na excludente da legítima defesa ou a desclassificação para os crimes de lesão corporal e exercício arbitrário das próprias razões. Por fim, requereu a redução da pena-base ao mínimo legal ou seu aumento em no máximo 1/6 (um sexto) e que fosse estabelecido o regime inicial semiaberto. Pediu, ainda, a fixação de honorários.

Em contrarrazões recursais de f. 171/177, o Órgão ministerial local pugnou pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 184/197, recomendou o improvimento do apelo, mas sugeriu a fixação de honorários advocatícios.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Não verifico nulidades ou irregularidades a serem sanadas de ofício, razão pela qual passo ao exame do mérito.

A materialidade delitiva foi demonstrada através do auto de apreensão (f. 13), do termo de restituição (f. 27), do laudo pericial médico (f. 34/36) e do exame corporal complementar (f. 75).

Conforme se extrai, pretende a defesa a absolvição de E. pela excludente de ilicitude da legítima defesa. Todavia, não vejo como acolher a tese.

As declarações prestadas pelo apelante na fase inquisitiva são notavelmente discrepantes daquelas prestadas em juízo, motivo pelo qual carece de amparo probatório a alegação de eventual legítima defesa.

Na fase inquisitiva, E. afirmou (f. 05) que a suposta agressão da vítima contra ele ocorrera antes que efetuasse o pagamento pelo serviço prestado, pois a mesma estaria com medo de que o réu a assaltasse. Contou, também, que após as mútuas agressões caminhou até a vítima, pegou a sua pochete e falou: *"Está vendo aí, se era isso que você tinha medo, ta aí"*.

Na fase judicial (f. 127), o apelante alterou significativamente sua descrição dos fatos. Esclareceu que, na verdade, ao finalizar a corrida e entregar uma nota de R$50,00 (cinquenta reais) ao ofendido, R.A.A. o atacou com o capacete que usava. Ato contínuo, o réu chutou a motocicleta da vítima e ambos iniciaram as agressões. Após, E. pegou a pochete do ofendido que estaria caído ao chão e retirou o troco dos R$50,00 (cinquenta reais) que previamente havia entregado.

Por outro lado, há a versão da vítima que manteve a sua constância tanto na fase policial quando na judicial. Durante o inquérito (f. 26), ressaltou que ainda durante o trajeto E. o acertou com o canivete nas costas, motivo pelo qual caiu juntamente com a motocicleta em que estavam. Afirmou que, após as agressões, o réu arrancou a sua pochete e evadiu-se do local.

Em juízo (f. 112), repetiu o desenrolar dos acontecimentos em total harmonia com seu prévio relato. Acrescentou que após o primeiro golpe de canivete, ao se levantar, tentou acertar o réu com o seu capacete, todavia não conseguiu, pois, devido às lesões sofridas, estava fraco.

Em consonância, o relato da testemunha A.B.B. dado em juízo (f. 112) corroborou a dinâmica dos fatos apresentada pela vítima. Esclareceu: *"[...] [ele] ficou mais calado, muito calado, mas não negou não [...] ele admitiu que tinha feito mesmo, segundo ele, parece que o rapaz tinha dado uma capacetada nele porque ele tava com o capacete dele, ai ele pegou e desferiu as [incompreensível] [...]"*.

Quanto à alegação de legítima defesa, não há dúvidas de que a vítima revidou às agressões perpetradas pelo acusado, tanto que ela mesma confirmou tal fato, mas, de igual maneira, ressaltou que ele deu início à questão, desferindo o primeiro golpe de canivete contra ela.

Ademais, ainda que esta tivesse sido a hipótese dos autos, melhor sorte não socorreria ao apelante, na medida em que não logrou demonstrar ter se valido dos meios necessários para repelir injusta agressão. Pelo contrário, a vítima logrou comprovar que sofreu as agressões por parte do réu, em razão dos ferimentos em seu corpo constatados pelos laudos periciais. Por outro lado, embora tenha afirmado que o primeiro golpe fora dado pelo ofendido (f. 127), o apelante não fez qualquer prova nesse sentido.

Ressalte-se que, antes mesmo de a guarnição da polícia chegar ao local, o acusado já havia se evadido e sequer se apresentou à polícia posteriormente, ou se submeteu a algum tipo de avaliação mé-

dica que pudesse constatar as supostas lesões sofridas por ele. Motivos pelos quais tenho, em suma, que os elementos coligidos não são suficientes para a configuração da excludente da legítima defesa.

Além do mais, a versão do ofendido é corroborada pelos laudos médicos (34 e 75/76) que confirmam o que ele informou ser o primeiro golpe das agressões - uma facada em suas costas enquanto ainda estavam na motocicleta. Carece de plausibilidade a noção de que, após o início da luta corporal, a vítima tenha virado de costas para o agressor ou, ainda, que após a briga o acusado lembrar-se-ia de pegar o troco na pochete do ofendido, como alegado judicialmente (f. 127).

Por fim, as incongruências nas declarações do réu, se somadas aos relatos da vítima e da testemunha, enfraquecem a tese defensiva sobre os fatos. De mesmo modo, é patente que o latrocínio se confirmou no momento em que o réu assumiu ter subtraído certa quantia da pochete do ofendido e, em seguida, adquirido drogas com ela (f. 127).

Verifica-se, portanto, que, conforme as circunstâncias do caso em comento, E. aproveitou-se da profissão do ofendido para iniciar sua prática criminosa, motivo pelo qual foi armado com um canivete para ameaçar ou atacar a vítima, caso houvesse reação ao roubo.

Feitas essas considerações, mantenho a condenação do réu às sanções do art. 157, § 3º, I, do Código Penal, e afasto a pretensão defensiva de desclassificar a conduta do recorrente para lesão corporal e exercício arbitrário das próprias razões, bem como deixo de reconhecer os atos do recorrente como legítima defesa.

Em relação à pena corporal, não há alteração a ser feita.

Em relação às penas, na primeira etapa do procedimento dosimétrico, foram corretamente reconhecidas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo uma delas a culpabilidade - tendo em vista a quantidade de vezes que o réu perfurou a vítima, atingindo órgãos vitais (laudo médico de f. 75/75-v.) - e a outra as circunstâncias do crime - pelo fato de o apelante ter se aproveitado do serviço prestado pelo ofendido para levá-lo até região erma e executar o roubo. Portanto, foi devidamente arbitrada a pena corporal em patamar acima do mínimo legal.

Ademais, em que pese o sentenciante ter considerado apenas essas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, entendo, ainda, ser sua conduta social reprovável, vez que declaradamente usuário de drogas.

Na segunda fase dosimétrica, foi devidamente compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea e, por fim, à míngua de quaisquer majorantes ou minorantes, a reprimenda corporal fica concretizada em nove anos e três meses de reclusão.

Contudo, quanto à pena de multa, julgo que a reprimenda pecuniária deve ser fixada em estrita proporcionalidade à corporal, de modo que a mesma fração de aumento ou diminuição que incida sobre uma, também seja aplicada sobre a outra.

Assim, diminuo os dias-multa para treze, e mantenho seu valor unitário no importe mínimo legal (1/30).

Por se tratar de agente reincidente e pelo *quantum* de pena, deve ser mantido o regime fechado para desconto da sanção corporal, nos moldes do art. 33 do Código Penal, bem como é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ainda, majoro os honorários advocatícios já fixados na origem para o total de R$1.668,29 (mil seiscentos e sessenta e oito reais e vinte e nove centavos) por sua atuação em ambas as instâncias, na forma da tabela elaborada pelo Conselho Seccional da OAB/MG e tendo em vista o que ficou ajustado no IRDR nº 1.0000.16.032808-4/002.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena pecuniária para treze dias-multa, à razão mínima, e majorar os honorários do advogado dativo por sua atuação em ambas as instâncias para R$1.668,29 (mil seiscentos e sessenta e oito reais e vinte e nove centavos).

Sendo o réu pobre no sentido legal (f. 51), deve ser a ele concedida a gratuidade da justiça, com a consequente suspensão da exigibilidade das custas processuais, nos moldes do art. 98 do Código de Processo Civil.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS E CÁSSIO SALOMÉ.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Estupro tentado - Absolvição - Impossibilidade - Materialidade e autoria delitiva demonstradas - Palavra da vítima - Relevância - Redução da pena-base - Inviabilidade - Revisão da fração da tentativa - Descabimento - Grande parte do *iter criminis* percorrido - Regime prisional semiaberto - Manutenção.

- De rigor a manutenção da condenação do acusado se a materialidade e autoria delitiva restaram comprovadas, sobretudo pelos firmes relatos ofertados pela vítima, que, em sede de crimes desta natureza, praticados na clandestinidade, se revestem de extrema relevância probatória.

- Fixada a pena-base um pouco acima do mínimo legal em decorrência da reprovabilidade de algumas das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, não há que se falar em qualquer retoque.

- Como o réu percorreu grande parte do *iter criminis* aproximando-se da consumação do crime de estupro, inviável a aplicação da redução da tentativa no patamar máximo, sendo adequada a fração adotada na sentença.

- Diante do *quantum* de pena, deve ser mantido o regime semiaberto fixado na sentença, a teor do art. 33, §2°, *b*, do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0309.19.001585-4/001 - Comarca de Inhapim - Apelante: A.O.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relatora: DESª. PAULA CUNHA E SILVA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 6ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de julho de 2020. - *Paula Cunha e Silva* - Relatora.

Voto

DES.ª PAULA CUNHA E SILVA - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto contra a r. sentença de f. 116/119 que, julgando procedente a denúncia, condenou o acusado A.O.S. nas sanções do art. 213, c.c. art. 14, II, ambos do Código Penal às penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto. Na ocasião, foi negado ao réu o direito de recorrer em liberdade (f. 119).

A denúncia foi recebida em 14/06/2019 (f. 58).

A sentença foi publicada em 09/10/2019 (f. 120).

Nas razões recursais, em f. 148/163, almeja a defesa a absolvição do réu quanto ao delito de estupro na forma tentada. Eventualmente, requer a revisão da dosimetria, com a redução da pena-base para o mínimo legal e a aplicação da tentativa na fração máxima de 2/3 (dois terços). Por fim, pretende a fixação do regime aberto para o cumprimento da reprimenda.

Contrarrazões recursais, em f. 166/169-v, pugnando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

No mesmo sentido, manifesta-se o d. Procurador de Justiça, em f. 171/172.

É, em síntese, o relatório.

Presentes seus requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Inexistem preliminares, tampouco nulidades arguidas pelas partes ou que devam ser apreciadas de ofício.

Narra a denúncia, em síntese, que, no dia 2 de junho de 2019, por volta das 2h (duas horas), na Rua XXXXXXXXXXX, em XXXXX, Comarca de Inhapim/MG, o denunciado A.O.S. tentou constranger a vítima M.R.F., mediante violência e grave ameaça, a manter com ele conjunção carnal, não consumando o seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.

Segundo apurado, nas circunstâncias mencionadas, a ofendida participava de uma festa na cidade de XXXXX, quando, ao término do evento, deslocou-se para a sua residência, momento em que, durante o percurso, o denunciado aproximou-se dela dizendo que ela era bonita e que ofereceu dinheiro à ofendida para eles "ficarem".

Consta que a vítima disse que não era "mulher de programa" e continuou a caminhar em sentido à sua residência quando, em certo momento, o denunciado pulou na frente da ofendida e a derrubou ao solo, fazendo com que ela batesse a cabeça e disse que estava "doidão".

Na ocasião, o acusado tampou a boca da vítima e abriu a calça dela dizendo-lhe "cala a boca desgraça". Em seguida, o denunciado desceu a calça e calcinha da ofendida, ordenando-lhe que olhasse para o órgão genital do autor, dizendo "olha como estou doidão".

Ato contínuo, a vítima conseguiu gritar pedindo socorro, momento em que um vizinho de nome W.B.S. acendeu a luz da casa e perguntou quem estava gritando, sendo que a ofendida disse seu nome, o acusado se assustou, desferiu um tapa na cara da vítima e evadiu em seguida, fato que impediu a consumação do estupro.

Depreende-se, por fim, que a vítima sofreu diversos arranhões no pescoço.

Ao final da instrução criminal, conforme relatado, foi o apelante condenado nas sanções do art. 213, c.c. art. 14, II, ambos do Código Penal, o que motivou a interposição do recurso.

Inicialmente, tem-se que o pleito absolutório não merece ser acolhido.

A materialidade delitiva restou demonstrada pelo Auto de Prisão em Flagrante Delito de f. 02/06-v; Exames Corporais de f. 11/11-v e de f. 21/22-v; Boletim de Ocorrência de f. 12/14-v; Comunicação de Serviço de f. 26/26-v; Relatório Policial de f. 29/31-v; bem como pela prova oral colhida.

A autoria, ademais, é incontroversa.

Na fase extrajudicial, o acusado A.O.S. negou a autoria delitiva e disse que sequer teve contato com a ofendida (f. 06/06-v). Em juízo, o recorrente foi contraditório em seus relatos, afirmando que estava bebendo na companhia da ofendida e que eles "começaram a ficar", se beijaram e não entraram na casa da vítima porque no local havia menores de idade. Não soube esclarecer o motivo pelo qual a vítima estava machucada, alegou que ela não gritou e queria manter relação sexual com o interrogando, mas que se assustou quando a luz da casa do vizinho acendeu. Por fim, negou que ele estivesse com a calça abaixada (sistema audiovisual - mídia de f. 98).

No entanto, o conjunto probatório colhido não deixa dúvidas de que o apelante foi o autor do estupro tentado em questão.

A propósito, na delegacia, ainda no calor dos acontecimentos, quando a pessoa é realmente levada a dizer o que aconteceu, a ofendida M.R.F. narrou de forma firme e detalhada a dinâmica dos fatos. Esclareceu que no dia do crime, por volta das 2h (duas horas) da madrugada, a depoente voltava para casa após uma festa na cidade de XXXXX, quando o denunciado se aproximou da declarante e disse que ela "era bonita e que tinha ficado a fim dela e começou a oferecer dinheiro para 'ficarem'". A declarante ressaltou que disse ao réu que não aceitaria qualquer quantia para se relacionar com o autor, pois não era "mulher de programa". Relatou que prosseguiu o seu caminho para casa, quando foi surpreendida pelo apelante que a seguiu e pulou sobre a declarante e a derrubou ao solo, momento em que ela bateu a cabeça. Disse que, ato contínuo, o acusado já estava com a calça aberta e disse que estava "doidão". Afirmou que o denunciado tampou a boca da depoente, dizendo "cala a boca desgraça", desceu a calça e a calcinha da declarante e mandou que ela olhasse para o órgão genital dele, repetindo "olha como estou doidão". Salientou que a depoente conseguiu gritar por socorro e lutou para que o réu não consumasse o estupro, oportunidade em que o vizinho W. acendeu a luz da casa e perguntou quem estava gritando, momento em que a depoente disse que era ela. Assim, o acusado se assustou e evadiu correndo, sendo que algumas testemunhas (E. e G.) socorreram a depoente e ela procurou a polícia. Destacou que os militares encaminharam a declarante para uma Unidade de Pronto Atendimento, sendo ela medicada no local, pois apresentava lesões corporais, tais como "arranhões no pescoço, lesões nos cotovelos resultado da queda e um machucado na cabeça resultante da queda também". Ressaltou que após ser liberada do atendimento médico, foi até a unidade policial, oportunidade em que foi levada para a sala de reconhecimento, em que havia um vidro e, sem sombra de dúvidas, o reconheceu como sendo o autor do delito e que a testemunha E. o reconhecia e podia confirmar o nome do acusado (f. 05/05-v).

Sob o crivo do contraditório, confirmou as declarações anteriores, sobretudo o reconhecimento realizado na delegacia. Narrou, novamente, o modo como ocorreram os fatos, dizendo que a depoente foi derrubada ao solo e ele retirou a roupa dele e tentou retirar a roupa íntima da declarante,

mas não logrou êxito em realizar a penetração porque a depoente gritou. Salientou que não estava alcoolizada, tanto que conseguiu se desvencilhar e se defender do autor. Foi taxativa em asseverar que não flertou com o denunciado (sistema audiovisual - mídia de f. 88).

Registre-se que em sede de crimes desta natureza, geralmente praticados na clandestinidade, as declarações da vítima se revestem de extrema relevância probatória; principalmente quando comprovada por outras provas como no caso em apreço.

A respeito são os julgados deste eg. Tribunal de Justiça:

> Apelação criminal. Estupro. Âmbito doméstico absolvição. Impossibilidade. Palavras da vítima. Suficiência probatória. Em se tratando de crimes contra a dignidade sexual, ocorrido às ocultas, as palavras da vítima são de crucial importância para comprovação da autoria e materialidade delitiva (TJMG - Apelação Criminal n° 1.0317.09.104530-0/001, Rel. Des. Dirceu Walace Baroni, 8ª Câmara Criminal, j. em 18.12.2019, p. da súmula em 22.01.2020).
>
> Embargos infringentes. Crime contra a liberdade sexual. Estupro de vulnerável. Materialidade e autoria comprovadas. Palavra da vítima. Validade. Absolvição. Inviabilidade. Embargos rejeitados. 1 - Em se tratando de crime contra a liberdade sexual, as declarações da vítima são de extrema importância para o contexto probatório, mormente quando se mostram coerentes com as demais provas colacionadas aos autos. 2 - Restando satisfatoriamente provada nos autos a materialidade e a autoria do crime de estupro de vulnerável, não há que se falar em absolvição (TJMG - Emb Infring e de Nulidade 1.0702.17.022308-6/002, Rel. Des. Júlio César Lorens, 5ª Câmara Criminal, j. em 30.04.2019, p. da súmula em 08.05.2019).

Corroborando a versão da ofendida, foram as declarações ofertadas na fase policial pela testemunha E.H.S., a qual salientou que ouviu os gritos da vítima e foi até a rua, oportunidade em que avistou o autor com a calça abaixo da cintura e puxado a referida peça de roupa. Afirmou que o acusado avistou a depoente e fugiu correndo e ela socorreu a vítima que estava muito abalada e com a calça aberta. Confirmou que a ofendida apresentava ferimentos e que ela relatou à depoente que o autor tentou estupra-la (f. 03).

Em juízo, E. ratificou as declarações anteriores e salientou que conhecia o acusado. Afirmou que no dia dos fatos, já era madrugada e estava dormindo, quando acordou com pedidos de socorro e viu o autor passar correndo pela depoente subindo a calça. Salientou que A. não frequentava a região. Disse que a vítima contou à declarante que foi agarrada pelo autor à força que a cercou e tentou tirar a roupa dela. Confirmou que se dirigiu para a delegacia juntamente com a ofendida (sistema audiovisual - mídia de f. 88).

No mesmo sentido foram as declarações judiciais da testemunha G.S.M. salientou que escutou gritos de socorro no dia dos fatos e saiu de casa, confirmou que a ofendida estava bêbada, mas estava machucada. (sistema audiovisual - mídia de f. 88).

Some-se a tudo isso os relatos de J.R.C., policial militar condutor do flagrante, o qual afirmou que a ofendida acionou a polícia dizendo que sofreu tentativa de estupro após voltar de uma festa. Diante de tais notícias, a polícia iniciou rastreamento do autor, com base nas descrições ofertadas

pela ofendida e pela testemunha E., a qual conhecia o acusado. Relatou que o autor foi localizado e negou a autoria delitiva, mas a testemunha E. disse que ele foi o responsável pelo delito (f. 02/02-v).

Na fase judicial, o militar ratificou a ocorrência, disse se recordar dos fatos e reiterou quais foram os relatos da ofendida e que a prisão do denunciado A. ocorreu com base em informações da testemunha E. Destacou que o réu negou que tenha empregado violência contra a vítima, mas alegou que teve contato com a ofendida no dia dos fatos, motivo pelo qual ele foi conduzido para a delegacia. Asseverou que não presenciou o reconhecimento realizado pela ofendida (sistema audiovisual - mídia de f. 88).

A despeito da negativa de autoria sustentada pelo apelante nas oportunidades em que foi ouvido (f. 06/06-v e mídia de f. 98), e apesar de a testemunha de defesa A.A.R. alegar que a vítima estava consumindo bebida alcoólica em um forró e estava se excedendo (mídia de f. 88); tais versões não afastam a credibilidade das declarações da ofendida que, como visto, em sede de crimes desta natureza se revestem de extrema relevância probatória; principalmente porque os relatos da ofendida foram consistentes tanto na fase policial quanto em juízo.

Vale ressaltar que ainda que a vítima estivesse alcoolizada, tal fato não retira a gravidade de uma tentativa de estupro, muito pelo contrário, aumenta a reprovabilidade da conduta de um agente que tenta tirar vantagem de uma pessoa que estava vulnerável.

Também insta pontuar que mesmo que a ofendida e o denunciado tenham se relacionado naquele dia, se a vítima não aceitou praticar atos sexuais com o acusado, a tentativa de estupro restou caracterizada. Não se pode perder de vista que restou demonstrado que o réu empregou violência contra a ofendida e a machucou, sendo os hematomas comprovados pelo Exame Corporal de f. 41/41-v.

Assim, existindo provas suficientes acerca da prática delitiva, não há que se falar em absolvição do réu, sendo de rigor, portanto, a manutenção do decreto condenatório firmado em primeira instância por seus próprios fundamentos.

Em relação à pena-base, embora ela tenha sido fixada um pouco acima do mínimo legal, diversamente do que pretende a defesa, não há que se falar em redução.

Isso porque a MM.ª Juíza fixou a reprimenda com bastante ponderação ao considerar reprováveis a culpabilidade do autor, pois, a conduta do réu excedeu a normalidade, visto que a vítima foi surpreendida em local com pouca iluminação e em momento de maior vulnerabilidade. Também pontuou a Magistrada *a quo* que o acusado, mesmo quando se preparava para deixar o local do crime após a vítima gritar por socorro, se insurgiu contra a ofendida mediante violência desferindo-lhe um tapa. Assim, a culpabilidade, de fato, comporta maior reprovabilidade. Não bastasse isso, como visto da sentença, as consequências também são desfavoráveis e não devem ser sopesadas em favor do réu, em decorrência do abalo psicológico e trauma causados à ofendida. Desse modo, mostra-se necessária a manutenção da pena-base em 8 (oito) anos de reclusão, tal como na sentença.

Prosseguindo, não merece ser acolhido o pedido de alteração da fração de redução pela tentativa.

Como é sabido, para a escolha da fração de redução, deve ser observado o *iter criminis* percorrido pelo agente, sendo que o patamar de redução será norteado pela proximidade da consumação do delito. Ou seja, quanto mais perto da consumação do crime, menor será a fração de diminuição adotada.

Após detida análise das provas constantes nos autos, constata-se que o apelante se aproximou da execução do estupro em face de M.R.F., pois o acusado abaixou as calças, deixando o órgão genital à mostra, empregou violência contra a ofendida e tentou abaixar a roupa íntima dela; somente não logrando êxito em praticar a conjunção carnal porque a ofendida conseguiu afastar a mão do autor que tampava a sua boca e gritou, momento em que os vizinhos a socorreram, sendo que o réu evadiu. Desse modo, forçoso convir que o réu percorreu grande parte do *iter criminis* e se mostra adequada a fração mínima de 1/3 (um terço) adotada na sentença (f. 118-v).

Em virtude do *quantum* de pena, deve ser mantido o regime semiaberto fixado na sentença, a teor do art. 33, § 2°, *b*, do CP.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo, na íntegra, a r. decisão recorrida, tudo nos termos deste voto.

Custas na forma da Lei.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores Rubens Gabriel Soares e Jaubert Carneiro Jaques.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Injúria qualificada - Preliminar de ofício - Sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia e absolveu a apelante do crime de ameaça - Delito remanescente cuja pena mínima cominada é de 01 (um) ano de reclusão - Ré primária e inexistência de outros processos criminais em seu desfavor - Incidência da Súmula 337 do STJ - Necessidade de remessa dos autos ao Ministério Público para análise acerca da possibilidade de suspensão condicional do processo (art. 89 da lei 9.099/95) - Sentença parcialmente anulada.

- Nos termos do entendimento consolidado na Súmula nº 337 do colendo Superior Tribunal de Justiça, «é cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva".

- Procedida a absolvição da apelante pelo crime de ameaça e permanecendo a imputação por delito cuja pena mínima seja igual a 01 (um) ano de reclusão, considerando que a acusada é primária e não responde a nenhum outro processo criminal, deve ser anulada parcialmente a r. sentença, cassando-se a condenação da apelante pelo delito do art. 140, § 3º do CP, com abertura de vista dos autos ao Ministério Público para aferição acerca da possibilidade de oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95).

- Mérito recursal prejudicado.

Apelação Criminal nº 1.0126.18.001661-3/001 - Comarca de Capinópolis - Apelante: G.F.S.S.- Apelado: Ministério Público Do Estado De Minas Gerais. Relator: Des. Nelson Missias de Morais.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em preliminar de ofício, decretar a nulidade parcial da sentença para cassar a condenação da apelante, nos termos do art. 140, § 3º do CP e determinar a abertura de vista dos autos ao Ministério Público para verificar a possibilidade de oferecimento de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95). Comunicar.

Belo Horizonte, 12 de novembro de 2020. - *Nelson Missias de Morais*. – Relator.

Voto

DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS - Trata-se de apelação criminal, interposta por G.F.S.S., contra a r. sentença de f. 134/137, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca

de Capinópolis, que a condenou pela prática do crime tipificado no art. 140, § 3º do CP, à pena de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e 13 (treze) dias-multas, substituída a pena corporal por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 02 (dois) salários-mínimos.

Nas razões recursais às f. 139/143, a il. Defesa requer a absolvição da apelante, alegando que o dolo específico exigido pelo tipo penal não foi comprovado nos autos.

Contrarrazões às f. 153/166.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 174/175v, opina pelo não provimento do recurso.

Esse, em síntese, é o Relatório.

Preliminar de ofício

Submeto a meus pares preliminar de ofício, uma vez que a r. sentença padece de nulidade insanável que obsta o ingresso no mérito do presente apelo.

Nos termos do entendimento consolidado na Súmula nº 337 do colendo Superior Tribunal de Justiça, «é cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva".

Como cediço, com a finalidade de se evitar as agruras e a morosidade do processo penal em casos em que se verifica, previamente, a desnecessidade de aplicação da pena de prisão, o legislador, sob o esforço da efetivação de medidas despenalizadoras e descarcerizadoras, entendeu por bem em instituir o benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, o qual constitui direito subjetivo daquele que é acusado por um delito de baixa reprovabilidade.

De acordo com o referido dispositivo legal, o parâmetro autorizativo objetivo para a propositura de tal benefício é de que a pena mínima cominada ao delito seja igual ou inferior a 01 (um) ano, além de que o acusado não esteja sendo processado ou tenha sido condenado por outro crime. Vejamos sua redação:

> "Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)".

Depreende-se dos autos que, embora a apelante tenha sido denunciada pela prática de dois delitos, quais sejam, ameaça e injúria qualificada (racial), o d. magistrado primevo julgou parcialmente procedente a pretensão acusatória, absolvendo a apelante do delito inserto no art. 147 do CP.

Dessa forma, restando tão somente a imputação da prática de delito cuja pena mínima é de 01 (um) ano de reclusão à acusada primária e que, segundo a CAC de f. 59, não responde a nenhum pro-

cesso criminal, atrai-se a incidência da Súmula, com a necessidade de abertura de vista dos autos ao Ministério Público para manifestação acerca da proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 do da Lei nº 9.099/95).

Destarte, sabendo que a omissão no oferecimento do benefício do art. 89 da Lei nº 9.099/95, quando possível, configura vício insanável por ofensa ao princípio do devido processo legal, imperiosa a decretação de nulidade parcial da sentença para cassar a condenação da apelante pelo delito do art. 140, § 3º do CP, com abertura de vista ao Ministério Público para análise acerca do oferecimento de proposta nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/05.

Conclusão

Ante o exposto, em preliminar de ofício, decreto a nulidade parcial da sentença, determinando que seja dado vista dos autos ao Ministério Público para análise acerca do oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/05, ficando prejudicado o mérito recursal.

Sem custas.

É como voto.

Caso prevaleça meu entendimento, comunique-se esta decisão ao juízo de origem.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Matheus Chaves Jardim e Catta Preta.

Súmula - EM PRELIMINAR DE OFÍCIO, DECLARARAM PARCIALMENTE NULA A SENTENÇA COM DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA ANÁLISE ACERCA DA PROPOSITURA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO, FICANDO PREJUDICADA A ANÁLISE DO MÉRITO. COMUNICAR.

Prescrição antecipada - Irresiginação ministerial - Reforma da decisão - Possibilidade - Pena ideal - Súmula nº 438 do STJ - Precedentes do STF - Recurso provido.

- Vai de encontro à Súmula nº 438 do STJ a prescrição antecipada que tem como base uma condenação hipotética ou aleatória

- A prescrição somente se regula pelo máximo da pena cominada ao crime antes do trânsito em julgado da sentença ou pela pena concretamente aplicada após o trânsito em julgado da decisão nos termos dos arts. 109 e 110 do Código Penal.

- Recurso provido.

REC EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0696.10.002746-0/001 - Comarca de Tupaciguara - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrido: L.F.F.S. Relator: DES. PEDRO COELHO VERGARA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

Belo Horizonte, 13 de outubro de 2020. - *Pedro Coelho Vergara* - Relator.

Voto

DES. PEDRO COELHO VERGARA - Cuida-se de Ação Penal Pública, promovida pelo Ministério Público contra L.F.F.S., como incurso nas sanções do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro.

Narra a denúncia que no dia 02 de setembro de 2010, por volta de 02h30min, na Rodovia BR-452, km 30, na comarca de Tupaciguara/MG, o recorrido praticou homicídio culposo na direção do veículo automotor, colidindo com o automóvel em que estava a vítima R.C.C.R., o que foi causa eficiente para sua morte, conforme consta do anexo do inquérito policial (f. 44).

Recebida a denúncia em 01 de fevereiro de 2018, o recorrente apresentou resposta à acusação (f. 166 e 178/179).

Ato contínuo o magistrado primevo proferiu a sentença extinguindo a punibilidade do acusado nos termos do art. 109, inciso V, c.c. os arts. 107 e 119, ambos do Código Penal, de acordo com a pena ideal (f.180/180-v).

Inconformado com a decisão recorreu o *Parquet*, pretendendo o afastamento da prescrição antecipada, rogando a defesa pelo desprovimento do recurso ministerial, mantendo o Juiz *a quo* a

sentença fustigada, manifestando-se a Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso ministerial (f. 183/187, 189/192, 193 e 198/203).

É o breve relato.

Conheço do recurso já que presentes estão os pressupostos para sua admissão.

Inexiste na espécie qualquer nulidade tampouco causa de extinção da punibilidade.

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito objetivando o *Parquet* a reforma da decisão que extinguiu a punibilidade pela prescrição antecipada.

Resume-se a questão à análise da possibilidade de reforma da decisão que extinguiu a punibilidade por antecipação da prescrição.

Do pedido de reforma da decisão que julgou extinta a punibilidade pela prescrição antecipada - O *Parquet* pede a reforma da decisão que extinguiu a punibilidade pela prescrição antecipada.

Razão lhe assiste.

Guilherme de Souza Nucci leciona sobre o tema:

> [...] A maioria da jurisprudência não aceita a chamada prescrição virtual, pois entende que o juiz estaria se baseando numa pena ainda não aplicada, portanto num indevido prejulgamento, embora seja realidade que, muitas vezes, sabe-se, de antemão, que a ação penal está fadada ao fracasso. [...] (Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 812 - 818).

Este Tribunal já se manifestou neste sentido:

> Recurso em sentido estrito. Lesão corporal no âmbito doméstico. Extinção da punibilidade do réu. Prescrição em perspectiva. Vedação. Súmula nº 438 do STJ. Recurso ministerial provido. A Súmula nº 438 do STJ, editada no dia 13 de maio de 2010, [...]. Impondo-se, pois, a reforma da r. decisão recorrida, com o regular processamento do feito (Recurso em Sentido Estrito nº 1.0056.15.022695-1/001, Rel. Des. Eduardo Machado, TJMG, p. em 09.03.2020).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n° 438 que dispõe, *in verbis*:

> É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

O Pleno do STF também decidiu que a prescrição pela pena ideal não tem respaldo legal, porquanto possível é a *mutatio libelli*, elevando-se o prazo prescricional.

Referida decisão restou destacada no informativo 656 do STF:

> PLENÁRIO. Prescrição em perspectiva e pena máxima cominada em abstrato.

> Aduziu-se que a jurisprudência da Corte rejeitaria a possibilidade de reconhecimento da prescrição retroativa antecipada ("prescrição em perspectiva"). Consignou-se que o repúdio do STF à prescrição em perspectiva teria base na possibilidade de aditamento à denúncia e de descoberta de novos fatos aptos a alterar a capitulação jurídica da conduta. Por outro lado, anotou-se que, no caso, o órgão acusatório não sinalizara, em nenhum momento, essa hipótese. Ao contrário, opinara pelo reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Precedente citado: AP 379 QO/PB (*DJU* de 25.08.2006, Inq 2584 ED-ED/SP, Rel. Min. Ayres Britto, 01.03.2012, Inq-2584).

Impossível é ainda o reconhecimento da prescrição pela pena máxima, vez que não transcorreu o lapso temporal necessário entre os marcos interruptivos.

Eugênio Pacelli também se manifesta sobre a prescrição em análise a saber:

> [...] No entanto, deve-se estar atento às disposições da Lei nº 12.234/10, que passou a impedir que o termo inicial da prescrição retroativa tenha data anterior à data da denúncia ou queixa (art. 110, § 1º, CP). [...] Nesse passo, registre-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça [...] (Curso de Processo penal. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p.102-103).

O recorrido foi denunciado na sanção do art. 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, possuindo a pena máxima de 04 (quatro) anos.

O delito portanto prescreve em 08 (oito) anos, nos termos do art. 109 do Código Penal, não ocorrendo a prescrição entre a data do recebimento da denúncia (f. 166) - 01 de fevereiro de 2018 - e a da sentença objurgada (f. 180) - 22 de março de 2019 -, nem entre esta e o presente julgamento. Acolho destarte o pleito ministerial.

Ante o exposto dou provimento ao recurso ministerial.

Custas *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Júlio César Lorens e Marcos Padula.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

Apelação criminal - Posse ilegal de munição de uso restrito - Absolvição - Inviabilidade - Robustez do acervo probatório - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Lesividade - Crime formal e de perigo abstrato - Desnecessidade de apreensão de arma de fogo - Redução da pena-base - Cabimento.

- Comprovado pelo conjunto probatório que o réu, sem autorização legal, possuía munição de uso restrito, correta a sua condenação pelo crime do art. 16 da Lei nº 10.826/03.

- O princípio da insignificância (bagatela) não foi recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio. A insignificância é princípio orientador do Legislativo ao tipificar criminalmente as condutas, portanto, desarrazoada sua utilização pelo Judiciário, sob pena de violação dos princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos Poderes.

- A posse ilegal de munição é crime formal e de perigo abstrato, prescindindo, portanto, à sua configuração, a demonstração do efetivo perigo. Assim, é desnecessário que a munição apreendida esteja acompanhada de arma de fogo, posto que a intenção da norma é a tutela da segurança da coletividade, transcendendo a mera proteção da incolumidade pessoal.

- O exame deficiente das circunstâncias judiciais deve redundar na correção pela instância revisora, impondo-se a redução da reprimenda.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0349.13.002999-5/002 - Comarca de Jacutinga - Apelante: F.D.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: DES. FURTADO DE MENDONÇA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 21 de julho de 2020. - *Furtado de Mendonça* - Relator.

Voto

DES. FURTADO DE MENDONÇA - Trata-se de recurso de apelação, interposto por F.D.S., em face da sentença de f. 311/312-v, que, julgando procedente a pretensão ministerial, condenou-o como incurso nas sanções do art. 16 da Lei nº 10.826/03, à pena de 03 (três) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 53 (cinquenta e três) dias/multa, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas reprimendas restritivas de direitos.

Sobre os fatos, narra a denúncia que "no dia 28 de fevereiro de 2013, em horário diurno, por volta das 15h15min, na rua Eduardo Roberto de Lima, nesta cidade, o indiciado F.D.S. mantinha sob sua guarda munição de uso restrito, sem autorização legal e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme constante do art. 16 da Lei nº 10.823/06".

Nas razões recursais de f. 328/332, a defesa requer a absolvição do acusado, alegando a insuficiência do acervo probatória e a atipicidade da conduta, diante da ausência de lesividade. Alternativamente, impreca a redução da pena-base para o mínimo legal e a exclusão das agravantes.

Contrarrazões às f. 333/335, em que o *Parquet* pugna pela manutenção da r. sentença hostilizada.

Em parecer juntado às f. 343/344, a douta Procuradora de Justiça Valéria Felipe Neves Silva opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Ausentes preliminares arguidas ou apreciáveis de ofício, passo ao exame meritório.

Data venia, sem razão a defesa quando impreca a absolvição do crime previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/03.

A materialidade delitiva restou demonstrada pelo APFD de f. 02/08, auto de apreensão de f. 14, laudo pericial de f. 35, bem como pela prova oral colhida.

Quanto à autoria, tenho que também não comporta dúvidas, não obstante a negativa do réu.

O acusado, na fase judicial (f. 213/213-v), negou a imputação, alegando que o agente penitenciário A. encontrou a munição no cesto de lixo. Disse não saber a quem pertencia o projétil e ignorava a sua existência.

A evasiva apresentada pelo apelante restou ilhada no bojo dos autos.

O policial Alexandre Junqueira Herculano, na fase inquisitorial (f. 02) atestou que, em cumprimento a mandado de busca e apreensão na residência do réu, encontraram, no meio dos pertences deste, uma munição calibre .40.

Em juízo (f. 210), conquanto não tenha se recordado inteiramente dos fatos, confirmou o teor do histórico do boletim de ocorrências. Disse, ainda, que o que motivou a expedição do mandado de busca e apreensão foram informações de que o réu estaria traficando entorpecentes.

Os policiais C.C.S. e B.C.P.S., sob o crivo do contraditório (f. 208 e 209), atestaram ter presenciado o momento em que o agente penitenciário S.S. localizou a munição calibre .40 no guarda-roupa do acusado.

De outra senda, o militar P.C.M., em juízo (f. 212), disse se recordar do momento em que o agente penitenciário S.S. encontrou a munição, não se lembrando, porém, do local onde o projétil foral arrecadado.

Não vejo motivos para não acreditar na palavra dos policiais, até mesmo porque não existe nenhum indício de que intencionassem prejudicar o inculpado.

Assim, tenho que não há dúvidas de que a munição realmente foi apreendida nos pertences pessoais do recorrente, indicando a sua efetiva propriedade.

Por outro lado, não merece guarida a irresignação da defesa quanto à tipicidade da conduta do acusado.

Prescreve o art. 16 da Lei nº 10.826/03:

> Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Da análise do tipo penal em comento, extrai-se que a simples conduta de possuir e manter sob sua guarda munição de uso restrito circunscreve-se na ação típica, já que se trata de crime de mera conduta e de perigo abstrato, prescindindo, então, de demonstração do efetivo perigo.

O preceito primário da norma não faz qualquer menção ao fato de estar a munição acompanhada da arma, ou o contrário, sendo certo que não apenas a posse de arma de fogo, mas também de munição, configura o crime.

Deste modo, a apreensão de arma de fogo é irrelevante para a caracterização do delito, posto que a intenção do comando normativo é a tutela da segurança da coletividade, transcendendo a mera proteção da incolumidade pessoal.

Neste norte, o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

> Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Porte de arma de fogo. Art. 10 da Lei nº 9.437/97 e art. 14 da Lei nº 10.826/2003. Perícia para a comprovação do potencial lesivo da arma. Desnecessidade. Ordem denegada. 1 - Para a configuração do crime de porte de arma de fogo não importa se a arma está ou não municiada ou, ainda, se apresenta regular funcionamento. 2 - A norma incriminadora prevista no art. 10 da Lei nº 9.437/97 não fazia qualquer menção à necessidade de se aferir o potencial lesivo da arma. 3 - O Estatuto do Desarmamento, em seu art. 14, tipificou criminalmente a simples conduta de portar munição, a qual, isoladamente, ou seja, sem a arma, não possui qualquer potencial ofensivo. 4 - A objetividade jurídica dos delitos previstos nas duas leis transcendem a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e de todo o corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que ele propicia. 5 - Despicienda a ausência ou nulidade do laudo pericial da arma para a aferição da materialidade do delito. 6 - Ordem denegada (HC nº 96.922, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. em 17.03.2009, *Dje* de 16.04.2009).

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou pela tipicidade da conduta de possuir munição, mesmo que desacompanhada da arma de fogo:

> [...] Posse de munição de uso restrito. Potencialidade lesiva. Crime de mera conduta. Coação ilegal não evidenciada. Sentença condenatória mantida. 1. O simples fato de possuir munição de uso restrito con-

> figura a conduta típica prevista no art. 16 da Lei nº 10.826/03, por se tratar de delito de mera conduta ou de perigo abstrato, cujo objeto imediato é a segurança coletiva. 2. Havendo provas nos autos relativas à materialidade do crime de posse ilegal de munição de uso restrito, eventual apreensão de munições ou armas isoladas, ou incompatíveis com projéteis, não descaracteriza o crime previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/03, pois para o reconhecimento da prática desta infração penal basta a simples posse ou guarda da munição sem autorização da autoridade competente, razão pela qual não se pode dizer que tenha a Corte originária incidido em constrangimento ilegal ao reconhecer a sua configuração na espécie. 3. Ordem denegada (STJ, HC nº 180333/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, *DJe* de 25.04.2011).

De outra senda, malgrado o princípio da insignificância (ou da bagatela) encontre guarida na jurisprudência dos Tribunais Superiores como causa supralegal de exclusão de tipicidade, tenho entendido que tal instituto não foi recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Por certo, a sensação de impunidade gerada pela aplicação de tal princípio incutiria na sociedade grave sentimento de insegurança, servindo de estímulo à reiteração de crimes.

Na verdade, aludido princípio já é sopesado pelo Poder Legislativo quando da seleção das condutas merecedoras de sanção penal, pelo que, aplicá-lo, constituiria verdadeira lesão aos princípios da independência dos Poderes e reserva legal.

Com efeito, os resultados desta arenga laxista se revelam demasiadamente penosos, já que a falta de punição aos pequenos delitos incita a contínua ofensa ao ordenamento jurídico, transbordando em instabilidade social e temerosa sensação de perigo constante.

Portanto, a prolação do veredicto de inculpação se mostrou acertada, sendo impossível o acolhimento do pleito absolutório.

No que pertine ao requerimento de redução da pena-base, melhor sorte socorre à defesa.

O douto sentenciante, quando do exame dos vetores do art. 59 do CPB, entendeu ser desfavorável ao réu a sua conduta social, e estipulou a pena-base em 03 (três) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa.

A conduta social refere-se ao comportamento do agente perante a sociedade, a interação com seus pares.

Na hipótese vertente, não vejo elementos suficientes a considerá-la desfavorável, sendo certo que o eventual envolvimento do réu em atos infracionais, quando menor de idade, não é fator hábil a ensejar o automático reconhecimento de que tivesse má conduta social, mormente no presente caso, considerando que o réu, quando do crime, já possuía 25 anos de idade, tendo atingido a maioridade, portanto, há mais de sete anos.

Assim, reduzo a pena-base para o mínimo legal, qual seja, 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, patamar em que consolido a reprimenda, eis que ausentes atenuantes e agravantes ou causas legais hábeis a ensejar a sua oscilação.

Por fim, consigno que falece interesse recursal à Defesa em pretender o afastamento das agravantes, já que nenhuma destas circunstâncias fora reconhecida pelo ato sentencial.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir a pena para o mínimo legal.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Jaubert Carneiro Jaques e Bruno Terra Dias.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Crime de incêndio qualificado - Preliminar de nulidade - Violação ao princípio do promotor natural - Inocorrência - Unicidade e autonomia funcional dos membros do ministério público - Rejeição - Absolvição - Possibilidade - Ausência de laudo que comprove a existência de perigo real - Materialidade não comprovada - Absolvição decretada - Preliminar rejeitada e recurso provido.

- O princípio constitucional da independência ou autonomia funcional que rege o Ministério Público, autoriza posições jurídicas divergentes entre dois representantes distintos do *Parquet* dentro da mesma ação penal, não havendo que se falar em violação ao princípio do promotor natural.

- Necessária a absolvição do crime de incêndio se não houve perícia no local para apurar se o incêndio causou perigo à vida, a integridade física e dano ao patrimônio de outrem.

- O delito previsto no art. 250 do CP é de perigo concreto, de forma que, se tal condição não é comprovada por perícia técnica, não resta configurada a materialidade delitiva.

- Preliminar rejeitada e recurso provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0647.19.003654-9/001 - Comarca de São Sebastião do Paraíso - Apelante: R.A.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: S.N.S. Relator: DES. DOORGAL BORGES DE ANDRADA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de dezembro de 2020. - *Doorgal Borges de Andrada* - Relator.

Voto

DES. DOORGAL BORGES DE ANDRADA - Trata-se de recurso de apelação criminal, interposto por R.A.M. em face da r. sentença de f. 178/194, que o condenou nas iras do art. 250, § 1º, inciso II, *h*, do CP, à pena total de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos. Na ocasião, fora o codenunciado S.N.S. absolvido do delito descrito na exordial, diante da ausência de provas de sua efetiva participação no crime.

Em suas razões recursais de f. 206/222, a defesa pugna, em sede de preliminar, pela nulidade do feito pela violação ao princípio do promotor natural, argumentando que os autos foram remetidos ao promotor responsável pelos crimes ambientais, mas este ofereceu denúncia por delito insculpido no Código Penal. Aduz que tal princípio deve ser observado para que as situações não sejam casuísticas.

No mérito, requer a absolvição do réu, alegando a fragilidade do contexto probatório. Sustenta que o laudo pericial acostado aos autos foi obscuro, inconclusivo, sem detalhes e não identifica as causas do incêndio, se prestando a informar somente quanto ao dano ocorrido na propriedade, razão pela qual não se presta a comprovar a materialidade, em especial, do delito de incêndio. Alega ainda a ausência de adequação típica pela ausência de dolo do agente, já que não restou comprovado que o recorrente tinha intenção de atear fogo na pastagem, sendo que apenas procurava um meio de espantar as abelhas para colher mel, razão pela qual deveria ser absolvido, ou sua conduta desclassificada para a modalidade culposa, até porque o que ficou caracterizado nos autos foi apenas a existência do fato. Afirma que o ônus da prova é da acusação; que o codenunciado que fora absolvido estava na companhia do réu e afirmou que o apelante ia colher mel, devendo sua palavra ser levada em consideração; que há elementos para demonstrar que o acusado não queria colocar fogo em pastagem alguma. Subsidiariamente, requer a desclassificação para o delito de dano, tendo em vista que o fogo apenas foi utilizado como meio, o que gerou tão somente prejuízo material. Ainda alternativamente, pede a desclassificação da conduta para a descrita no art. 41 da Lei de Crimes Ambientais, sob o argumento de que os fatos ocorreram em vegetação às beiras da rodovia, não havendo provas de que a conduta do agente tenha colocado em risco a vida ou inegridade física de pessoas que trafegavam no local, sendo que o delito de incêndio exige a demonstração de perigo concreto. Por fim, pede a subsunção da conduta do recorrente para a prevista no *caput* do dispositivo, alegando que a qualificadora prevista no art. 250, § 1º, inciso II, alínea *h*, do CP, foi derrogada pelo disposto na lei dos crimes ambientais, lei especial, que prevê conduta típica específica realtiva a dano ambiental.

Em sede de contrarrazões de f. 223/229, pugna o Ministério Público pela manutenção do r. *decisum*.

A douta Procuradoria de Justiça pronunciou-se no sentido do não provimento do recurso interposto pela defesa (f. 236/239).

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

De acordo com a denúncia, no dia 14 de julho de 2019, por volta das 18h30min, na Rodovia BR 265, altura do km 02, zona rural do município de São Sebastião do Paraíso/MG, os denunciados R.A.M. e S.N.S., adredemente ajustados e com identidade de desígnios, causaram incêndio, expondo a perigo a vida, integridade física e patrimônio de outrem, ateando fogo em pastagem e mata às margens da rodovia.

Narra a inicial acusatória que, na data e horário dos fatos, o bombeiro militar Ricardo Fernando da Silva trafegava sentido Termópolis a São Sebastião do Paraíso pela rodovia BR 265, quando, na altura do km 02, se deparou com os acusados incendiando pastagem e mata adjacentes à estrada. Tão logo, estacionou seu veículo e observou que R., que trajava calça laranja e blusa de frio vermelha, portava um isqueiro com o qual fazia brasa a vegetação às margens da rodovia, próximo ao acostamento. Por sua vez, S. foi visto usando calça jeans e moletom azul, portando um facão ao lado do coautor.

Foi descrito que, acionada em reforço, a guarnição da Polícia Militar chegou prontamente ao local e abordou os denunciados em meio à fumaça. O increpado S. balançava o facão de modo intimidatório, enquanto R., com uma faca na cintura, afrontou os militares, dizendo: "O que vocês querem? Vocês são donos da serra?", ocasião em que ambos foram presos em flagrante delito.

Descreveu a acusação que os acusados incendiaram 04 (quatro) pontos diversos de pastagem e mata, mesmo sabendo estar a vegetação extremamente seca e propensa a se inflamar em demasia nesse período do ano, típico de estiagem.

Consta da exordial acusatória, ainda, que as chamas se alastraram próximo ao limite do acostamento da Rodovia BR 265, de modo que os acusados, portanto, expuseram a perigo de vida e de lesão motoristas, ciclistas e motociclistas que transitavam pelo local. Havia risco real de acidente, vez que a fumaça ofuscava a visibilidade e as chamas já invadiam o asfalto a ponto de precipitar pedras e galhos em brasa, sendo que grave evento a outrem não ocorreu ante a rápida atuação do Corpo de Bombeiros e da Polícia Militar.

Pois bem.

A defesa pugna, em sede de preliminar, pela nulidade do feito pela violação ao princípio do promotor natural, argumentando que os autos foram remetidos ao promotor responsável pelos crimes ambientais, mas este ofereceu denúncia por delito insculpido no Código Penal. Aduz que tal princípio deve ser observado para que as situações não sejam casuísticas.

No entanto, não há razões que assistam ao pleito defensivo.

Com efeito, nos termos do art. 227, § 1º, da Constituição Federal, o Ministério Público é amparado pelos princípios institucionais da unidade e da independência funcional.

Destarte, preleciona o princípio da unidade o privilégio dos representantes ministeriais em substituírem-se uns aos outros na prática de determinado ato, enquanto o princípio da independência funcional protege cada um dos representantes do *Parquet* com relação às suas opiniões, as quais permanecem desvinculadas de quaisquer outros entendimentos.

Dessa forma, em atenção aos princípios da unidade e da independência funcional, cada representante do Ministério Público, em decorrência de sua autonomia de atuação, só está vinculado ao imperativo da lei e de sua própria consciência, podendo membros distintos pertencentes ao mesmo órgão funcional terem entendimentos divergentes.

Dessa forma, o fato de a denúncia oferecida por Promotor de Justiça responsável por crimes ambientais ter trazido crime previsto no CP não se traduz em ofensa ao princípio do Promotor natural e, por conseguinte, não gera nulidade absoluta. Até porque, segundo informou o i. Magistrado *a quo*, "O Promotor de Justiça que atuou no feito também auta em ações criminais e não há nenhum impedimento para a atuação conjunta de membros do Ministério Público" (f. 186).

Isso porque o Ministério Público é dotado de unidade, indivisibilidade e independência funcional, não havendo qualquer mácula, *in casu*, na denúncia oferecida pelo Promotor de Justiça.

Válido ressaltar a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira:

> Conforme já assinalado, o Ministério Público apresenta como princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional [...]. Já a indivisibilidade tem reflexos diversos diretamente no interior da relação processual penal, no sentido de permitir que qualquer integrante do respectivo *parquet* [...] possa validamente participar do processo em curso, sem necessidade de novas e especificas designações. O Ministério Publico é, portanto, indivisível, podendo ser presentado por quaisquer de seus integrantes [...]. Na presentação, feita por determinado membro, é a própria instituição que está atuando diretamente (Curso de Processo Penal. 16ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012).

Assim, tendo em vista o representante do *Parquet* que ofereceu a denúncia ter entendimento diverso do membro que lhe remeteu os autos, não há que se falar em violação ao princípio do promotor natural.

Portanto, uma vez o Ministério Público protegido pelo manto da independência funcional, e estando presentes todos os demais pressupostos processuais objetivos e subjetivos de admissibilidade do recurso, dele conheço, rejeitando a preliminar suscitada pela defesa.

Inexistentes outras preliminares, nem se vislumbrando vício processual na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

No mérito, a defesa requer absolvição do apelante, alegando a fragilidade do contexto probatório.

A primeira tese sustentada pela defesa é a de que o laudo pericial acostado aos autos foi obscuro, inconclusivo, sem detalhes e não identifica as causas do incêndio, se prestando a informar somente quanto ao dano ocorrido na propriedade, razão pela qual não se presta a comprovar a materialidade, em especial, do delito de incêndio.

E, após detida análise dos autos, verifico que lhe assiste razão, *data venia*.

Isso porque, no que tange ao delito de incêndio, dispõe o art. 250 do Código Penal que: "Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem".

Ainda sobre o referido delito, surge a doutrina de Luiz Regis Prado:

> Trata-se de delito de perigo concreto. A exigência do perigo faz parte do tipo, integra-o como elemento normativo, de modo que o delito só se consuma com a real ocorrência de perigo para o bem jurídico. É

> indispensável que o perigo seja comprovado, isto é, é preciso que o juiz verifique se o perigo realmente ocorreu ou não, no caso em exame (Comentários ao Código Penal. São Paulo: RT, 2007).

E, no caso presente, verifico que realmente não está devidamente demonstrada esta conduta por parte do acusado, uma vez que não há nos autos laudo pericial que confirme que houve perigo à vida, integridade física ou ao patrimônio de outrem.

Dessa forma, torna-se irrelevante qual foi efetivamente o dolo do réu em atear fogo na mata, uma vez que o tipo penal em questão é de perigo concreto, perigo este que não foi comprovado mediante perícia técnica, não havendo provas, portanto, da materialidade delitiva.

Nesse sentido são os julgados a seguir:

> Apelação criminal. Delito de incêndio. Materialidade não comprovada. Absolvição mantida. O delito de incêndio é daqueles que deixa vestígios, sendo imprescindível a existência do laudo pericial para a comprovação da materialidade. Desprovimento ao recurso ministerial é medida que se impõe (TJMG, Apelação Criminal n° 1.0694.09.051312-8/001. Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, 3ª Câmara Criminal, j. em 26.01.2016, p. da súmula em 26.02.2016).
>
> Apelação criminal. Incêndio majorado. Recurso ministerial. Pedido de condenação. Cabimento. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação que se impõe. Recurso ministerial provido. O crime de incêndio é delito de perigo comum, assim, havendo perícia que demonstre a materialidade do crime e estando a aludida prova corroborada por elementos que afirmam a autoria delitiva e apontam, ainda, a possibilidade de risco real, iminente e concreto à incolumidade pública, de rigor a condenação do acusado. V.v.: 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 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 (TJMG, Apelação Criminal n° 1.0702.14.069640-3/001. Rel. Des.ª Márcia Milanez, j. em 28.11.2017 , p. da súmula em 13.12.2017).
>
> Apelação criminal. Preliminar. Indeferimento de exame pericial. Possibilidade. Crime de incêndio. Inexistência de perigo concreto para a vida ou patrimônio de um número indeterminado de pessoas. Delito não configurado. Desclassificação para dano qualificado. Cabimento. Fixação da pena. Análise das circunstâncias judiciais. Rejeitada a preliminar. No mérito, dado parcial provimento ao recurso. 1. Deve ser rechaçada a preliminar de nulidade do feito pelo indeferimento do pedido de realização de exame pericial, pois ao juiz cabe a livre apreciação das provas, não devendo ficar, necessariamente, adstrito aos pedidos das partes. 2. A inimputabilidade por embriaguez patológica exige prova de ausência de capacidade do agente à data do crime, cabendo à defesa a sua demonstração. 3. É indispensável para a configuração do crime de incêndio a ocorrência de risco efetivo e concreto para pessoas ou coisas. Caso contrário deve o agente ser condenado pelo delito de dano qualificado. 4. A pena-base deve ser fixada segundo critérios objetivos decorrentes da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e sempre tendo por norte o *quantum* necessário e suficiente à correta reprovação e prevenção do crime. 5. Rejeitada a preliminar. No mérito, dado parcial provimento ao recurso. V.v.: Ao atear fogo em sua residência, situada abaixo de outra unidade habitada e ladeada por diversos outros imóveis residenciais,

> age o acusado dolosamente, com a consciência de provocar uma situação objetiva que a lei presume como de perigo comum a vida, a integridade ou o patrimônio de outrem, configurando o crime previsto no art. 250, § 1º, II, *a*, do CP (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0155.14.003252-7/001. Rel. Des. Marcílio Eustáquio Santos, j. em 03.03.2016, p. da súmula em 11.03.2016).

O exame pericial indireto realizado às f. 58/59 e complementado à f. 62 se limitou a concluir, a partir dos fatos narrados no REDS aliados às fotografias do local, a ocorrência de incêndio na vegetação (mata ou floresta) às margens da rodovia BR 265, tendo acostado apenas 03 (três) fotos dos locais incendiados. Todavia, no que tange à exposição da vida e integridade física de outrem a perigo, e ainda, quanto ao dano ao patrimônio alheio, o laudo nada constatou, motivo pelo qual a conduta do acusado também não se enquadra no crime elencado no art. 163 do CP.

Dessa maneira, razão assiste a defesa quando pede pela absolvição diante da ausência de prova da materialidade.

Desejo apenas consignar, no que tange ao crime ambiental descrito no art. 41 da Lei nº 9.605/98, que o conjunto probatório apresentado não comprovou que queimada teria ocorrido em mata nativa de preservação permanente, da biodiversidade ou do meio ambiente, elementos essenciais para a configuração do tipo penal em questão.

Realmente, ainda que o laudo tenha aferido que o incêndio ocorreu em mata e/ou floresta, tais termos se tratam de conceitos técnicos, cuja comprovação demanda a realização de laudo pericial que ateste se a vegetação do local é compatível com o objeto protegido pela norma jurídica, até porque não há dúvidas de que tal infração deixa vestígios, de modo que a realização de perícia é imprescindível.

Nesse sentido, a brilhante jurisprudência:

> Apelação criminal. Art. 41 da Lei nº 9.605/98. Provocação de incêndio em mata ou floresta. Absolvição. Possibilidade. Conduta formalmente atípica. Prova pericial. Delito que deixa vestígios. Imprescindibilidade da prova técnica. Não comprovação, no laudo pericial, de que a área incendiada era de floresta. Recurso provido. - Nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal, quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. - O elemento normativo do tipo penal do art. 41 da Lei nº 9.605/1998, pelo qual o apelante foi denunciado, "floresta", é conceito técnico cuja comprovação demanda laudo pericial atestando se a vegetação do local é compatível com o objeto material protegido pela norma jurídica. - Não havendo, no laudo pericial, discriminação de qual o tipo de vegetação destruída pelo incêndio, impõe-se a absolvição do acusado pela insuficiência de provas para condenação (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0259.09.005107-1/001. Rel. Des. Nelson Missias de Morais, j. em 26.06.2014, p. em 07.07.2014).

Pelo exposto, rejeito a preliminar e dou provimento ao recurso, para absolver o réu R.A.M. do delito descrito na peça inaugural, nos termos do presente voto.

Custas isentas, conforme r. sentença à f. 194.

Prevalecendo esse entendimento, oficie-se à comarca de origem, comunicando os termos desta decisão, para que sejam tomadas as providências cabíveis.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Corrêa Camargo e Eduardo Brum.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido - Laudos periciais válidos - Materialidade comprovada - Preliminar rejeitada - Absolvição ou desclassificação - Inviabilidade - Crime de perigo abstrato - Erro de tipo - Não configuração - Dolo - Presença – Recurso não provido.

- Estando o laudo pericial de acordo com as formalidades legais, não há que se falar em nulidade.

- Comprovado, pelos depoimentos policiais e pela confissão do réu, que ele portava arma de fogo de uso permitido em via pública, deve ser mantida sua condenação nas iras do art. 14 da Lei nº 10.826/03.

- Não demonstrada a falsa percepção da realidade sobre algum elemento essencial do tipo, inaplicável o art. 20, *caput*, do CP.

- O crime descrito no art. 14 da Lei nº 10.826/03 é de mera conduta e de perigo abstrato, não possuindo, assim, resultado naturalístico a ser aferido, de forma que a simples subsunção da conduta do agente ao preceito penal incriminador implica em presunção de ofensa ao bem jurídico tutelado.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0074.17.003728-2/001 - Comarca de Bom Despacho - Apelante: J.V.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: DES. JÚLIO CÉSAR LORENS.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de agoto de 2020. - *Júlio César Lorens* – Relator.

Voto

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - Perante o Juízo da Comarca de Bom Despacho/MG, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia contra J.V.S., como incurso nas sanções do art. 14 da Lei nº 10.826/03, noticiando que, no dia 31 de agosto de 2016, o denunciado portava 01 (uma) espingarda, calibre .32, bem como 04 (quatro) cartuchos do mesmo calibre, no estacionamento de um supermercado, estes sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.

Após o regular trâmite, o MM. Juiz proferiu sentença (f. 81/84) para condenar o réu como incurso nas sanções do art. 14 da Lei n° 10.826/03, às penas de 02 (dois) anos de reclusão em regime aberto e 10 (dez) dias-multa, tendo a pena corporal sido substituída por restritivas de direitos.

Inconformado, o réu recorreu. Em suas razões, a defesa busca, em sede de preliminar, o reconhecimento da nulidade do laudo pericial, haja vista fora assinado por somente um perito e contém rasuras. No mérito, pede a absolvição por inexistência de provas quanto à autoria delitiva, ressaltando que a arma de fogo se encontrava velha, enferrujada e completamente desmontada, não oferecendo perigo à sociedade. Sustenta, ainda, que a conduta é atípica, vez que o dolo do réu era o de devolver a arma e as munições ao 7º Batalhão da Polícia Militar, configurando erro de tipo. Pugna, ainda, pela desclassificação para o delito previsto no art. 12 da Lei n° 10.826/03 (f. 91/110).

Em contrarrazões de f. 111-v/113-v, o *Parquet* pugnou pela rejeição da preliminar e pelo desprovimento do recurso, com o que aquiesceu a douta Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 118/119.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A defesa busca, em sede de preliminar, o reconhecimento da nulidade do laudo pericial de f. 20, haja vista fora assinado por somente um perito, mesmo se referindo ao plural em alguns momentos, e contém rasuras.

Razão não lhe assiste.

Inicialmente, verifica-se que, apesar de o texto "Da Eficiência", fazer referência a peritos, no plural, certo é que se trata de texto padrão do documento, tanto é que os substantivos constantes naquele item são seguidos de seus plurais "-s"; "-ões"; "-m", não havendo que se falar em qualquer ilegalidade.

Ademais, no cabeçalho do referido laudo, consta que o responsável pela perícia é apenas o Sr. Experidião Izidoro Afonso Porto, o qual, inclusive, assinou os adendos inseridos à caneta, atestando, assim, a veracidade das informações, afastando a alegação de rasuras.

Ora, o laudo de f. 20 deriva dos quadros da Polícia Civil, recebeu número de registro sequencial (Laudo nº 2016-074-002948-024-005273778-70), foi lavrado por perito oficial devidamente identificado e contém o competente código de barras.

Desse modo, não há que se falar em nulidade do laudo pericial, motivo pelo qual rejeito tal preliminar.

Inexistindo outros questionamentos preliminares e não vislumbrando nos autos qualquer irregularidade ou nulidade que deva ser declarada de ofício, passo à análise do mérito do recurso.

Como visto, inicialmente pretende a defesa a absolvição por ausência de provas.

Razão, contudo, não lhe assiste.

Os policiais militares H. V. B. e M. A. C. afirmaram que foram informados pelo Cabo D. que um indivíduo se encontrava no pátio de um supermercado e havia recebido, de outra pessoa, uma arma, tendo a guardado no bagageiro de seu veículo. Diante disso, foram ao local e, de fato, verificaram que o réu estava com tal arma e munições do mesmo calibre, tendo este aduzido que iria devolvê-la ao quartel, deixando de informar o nome do indivíduo que lhe repassou o artefato (f. 02 e f. 56, f. 06 e 57).

Vale registrar que, consoante doutrina e jurisprudência dominantes, não há qualquer restrição ao depoimento dos policiais que participaram da prisão em flagrante, especialmente quando compromissados e prestados em juízo, sob o crivo do contraditório, sobretudo quando inexiste prova de que estejam faltando com a verdade.

O próprio réu, policial militar reformado, nos dois momentos em que foi ouvido, confirmou a propriedade da arma apreendida, negando, porém, que tenha a recebido de outra pessoa:

> [...] que a arma apreendida em questão não possui registro; que possui a arma apreendida há mais de quinze anos; que quando o declarante comprou a "roça" no Bom Retiro, nesta cidade, a arma já existia no local e ali ficou; que o declarante acreditava que a arma não funcionava; que a arma sempre esteve no local desmontada; [...]. (f. 08).
>
> [...] a arma estava desmontada, dentro de um saco no assoalho da caminhonete, sendo que nenhuma pessoa estava lhe passando a arma; que o declarante pegou a mesma desmontada no seu imóvel rural e colocou dentro do veículo; que iria levar a arma e devolver no batalhão; [...]. (f. 61).

Contudo, verifica-se que os fatos narrados pelo apelante não encontram qualquer respaldo nas provas produzidas, porquanto aquele não se desincumbiu do ônus de comprovar as suas alegações, consoante determina o disposto no art. 156 do CPP, nem desconstituíram as provas existentes em seu desfavor.

Ora, tenho como pouquíssimo crível que o réu diga que era possuidor da referida espingarda há 15 (quinze) anos e, exatamente no fatídico dia, quando do flagrante, estaria levando o artefato ao quartel.

Lado outro, há elementos que comprovem que o réu portava, em um supermercado, uma espingarda calibre .32 e munições do mesmo calibre, não havendo que se falar em absolvição por ausência de provas.

Ademais, não há que se falar em desclassificação para o delito de posse de arma de fogo (art. 12 da Lei nº 10.826/03), pois, como visto, a arma de fogo estava em um estacionamento quando do flagrante, e não na residência ou local de trabalho do apelante.

Neste momento, importante consignar que não há que se falar em atipicidade da conduta por ausência de lesividade, já que a arma estava velha e enferrujada.

Isso porque o crime tipificado no art. 14 da Lei nº 10.826/03 é de mera conduta e de perigo abstrato, não possuindo, assim, resultado naturalístico a ser aferido, de forma que a simples subsunção

da conduta do agente ao preceito penal incriminador implica em presunção de ofensa ao bem jurídico tutelado.

Com efeito, o mero porte ilegal de arma de fogo provoca agressão à ordem jurídica, violando a incolumidade pública, configurando, portanto, crime tal comportamento.

Sobre o assunto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> Agravo regimental no agravo em recurso especial. Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Pleito de absolvição. Necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório. Atipicidade da conduta. Crime de perigo abstrato. Exame pericial. Desnecessidade. Redução do prazo de prescrição. Não ocorrência. [...] - Tanto a posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei nº 10.826/2003) quanto o porte ou posse de arma de fogo de uso restrito (art. 16 da mesma lei) são crimes de perigo abstrato, dispensando-se prova de efetiva situação de risco ao bem jurídico tutelado. - "O simples porte de arma de fogo, acessório ou munição, por si só, coloca em risco a paz social, porquanto o instrumento, independentemente de sua potencialidade lesiva, intimida e constrange as pessoas, o que caracteriza um delito de perigo abstrato. O tipo penal visa à proteção da incolumidade pública, não sendo suficiente a mera proteção à incolumidade pessoal" (AgRg no REsp nº 1.434.940/GO, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, *DJe* de 04.02.2016) [...]. (STJ, AgRg no AREsp 1027337/MT, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 14.03.2017).

Além disso, rejeito, sem maiores delongas, o pedido de absolvição do réu por erro sobre elemento constitutivo do tipo penal.

Como se sabe, o erro de tipo é disciplinado pelo art. 20 do CP, o qual dispõe que "o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite punição por crime culposo, se previsto em lei".

No presente caso, contudo, a defesa sequer embasou seu pedido de absolvição por erro de tipo, não apresentando qualquer fundamentação de que o réu tenha se enganado quanto a um dos elementos que constituem o modelo legal de conduta vedada.

Diante de tais considerações, verificada a inocorrência do alegado erro de tipo e a tipicidade da conduta, mostra-se correta a condenação do apelante nas sanções previstas no art. 14 da Lei nº 10.826/03.

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

Custas na forma da lei. Assim como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Alexandre Victor de Carvalho e Pedro Coelho Vergara

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação - Estatuto da Criança e do Adolescente - Ato infracional análogo ao crime de homicídio duplamente qualificado - Autoria e materialidade - Representação procedente - Elevada vulnerabilidade existencial e social do adolescente em conflito com a lei - Medida socioeducativa de internação - Insuficiência de medidas em meio aberto - Possibilidade.

- O Estatuto da Criança e do Adolescente permite a aplicação de Medida Socioeducativa de Internação na hipótese de reiteração infracional, desde que nenhuma outra medida se mostre mais adequada à ressocialização do adolescente em conflito com a lei.

- Adequada a Medida Socioeducativa de Internação em razão de alta vulnerabilidade social do Adolescente em conflito com a lei, de modo a oportunizar intervenção especializada.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0027.19.004195-7/001 - Comarca de Betim - Apelante: Adolescente em conflito c/ lei - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: DES. OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de novembro de 2020. - *Octavio Augusto de Nigris Boccalini* - Relator.

Voto

DES. OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI - P.H.S., adolescente em conflito com a lei, interpôs Recurso de Apelação à r. sentença (f. 153/156) prolatada pela MM.ª Juíza de Direito da Vara da Infância e Juventude e de Execuções Penais da Comarca de Betim, que julgou procedente a representação pela prática de ato infracional análogo ao crime previsto no art. 121, § 2º, I e IV, na forma do art. 29, ambos do Código Penal, por ter, supostamente, em pretensa unidade de desígnios com o adolescente K.R.S.R. e imputável não identificado, mediante recurso que dificultou a defesa e impelido por presumido motivo torpe, consumado homicídio contra a vítima P.C.P. Via de consequência, foi aplicada, ao adolescente em conflito com a lei, Medida Socioeducativa de Internação, por prazo indeterminado, com reavaliação a cada seis meses.

Em razões recursais (f. 188/190), aduz o apelante que a fixação da Medida Socioeducativa de Internação é reservada a casos excepcionais, quando demonstrada a insuficiência de outros meios, razão por que a incidência, na espécie, revela-se desproporcional à conduta.

Salienta que o Estatuto da Criança e do adolescente possui finalidade pedagógica e não apenas repressora, motivo pelo qual pede a fixação de Medida Socioeducativa em meio aberto como adequada aos objetivos de ressocialização.

Ministério Público de Minas Gerais ofereceu Contrarrazões (f. 191/192), nas quais corrobora os fundamentos expendidos na r. sentença e manifesta-se pelo desprovimento do apelo.

O recurso foi, devidamente, recebido (f. 194).

Em parecer (f. 199/201), a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento desprovimento da apelação.

É o relato.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Da acusação.

Conforme a narrativa contida na representação (f. 02R):

> [...] Narram as inclusas peças que no dia 21 de janeiro de 2019, por volta das 13h22min [...] o representado, com *animus necandi* e agindo em unidade de desígnios e divisão de tarefas com o adolescente K.R.S.R. e o indivíduo conhecido apenas como "Baianinho", impelidos por motivo torpe e mediante recurso que dificultou a defesa do ofendido, desferiram diversos disparos de arma de fogo contra a vítima P.C.P., causando-lhe as lesões descrias no prontuário médico de f. 30, as quais foram a causa eficiente de sua morte.
>
> Consoante restou apurado, o adolescente, que é integrante de temida gangue na região do bairro Citrolândia, chefiada por F.S.C., vulgo "Jiraya", encontrava-se na companhia do comparsa K. quando a vítima compareceu ao local solicitando o empréstimo de uma arma de fogo para realizar um acerto de contas com moradores/traficantes de drogas do conjunto habitacional onde essa residia.
>
> Após se desentenderem, P.C. desferiu um tapa no rosto do autor P.H. e deixou o local.
>
> Diante da afronta da vítima a um dos membros da gangue, P.H., "Baianinho" e o adolescente K. decidiram vingar-se da vitima.
>
> Desta feita, após se reunirem, os autores se dirigiram até a residência de P.C., ocasião em que "Baianinho" permaneceu na esquina dando cobertura aos comparsas.
>
> Tão logo chamaram pela vítima, tendo essa aparecido no portão, um dos autores pediu um pouco de água, oportunidade em que ao se virar e retornar para dentro de sua residência, P.H. sacou um revólver que trazia consigo e passou a efetuar disparos em sua direção, atingindo-o com três disparos na região da cabeça e dois nos membro superiores.
>
> Na ocasião, a genitora da vítima gritou por socorro, o que levou os autores a evadirem do local.
>
> Ressalte-se que o motivo da investida homicida é torpe, eis que ligado à disputa pelo tráfico de drogas na região em que residem [...].

Assim descritos os fatos, passa-se a fundamentar.

A materialidade encontra-se demonstrada pelo Boletim de Ocorrência (f. 11/15), pelo Auto de Apreensão em Flagrante de Ato Infracional (f. 16/21), pelo Laudo Preliminar de Constatação (f. 23), pelo Auto de Apreensão (f. 24) e pelo Laudo de Necropsia (f. 94/101).

Em Juízo (f.142), o apelante admitiu a veracidade das imputações.

Autoria e materialidade são incontroversas e não constituem objeto do recurso.

Via de consequência, há de se confirmar a procedência da representação pela prática do ato infracional análogo ao crime previsto no art. 121, § 2º, I e IV, na forma do art. 29, ambos do Código Penal.

Nos termos do que dispõe o art. 122, II, do Estatuto da Criança e do adolescente, a Internação será cabível nas seguintes hipóteses:

> Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:
>
> I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa;
>
> II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
>
> III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Conforme a previsão normativa, não se exige a cumulatividade de hipóteses para incidência da Internação, que será justificada pela realização da conduta descrita em qualquer dos incisos. Nem, tão pouco, exige-se o prévio esgotamento das Medidas em meio aberto para a aplicação da Medida excepcional.

A teor da Certidão de Antecedentes do Menor (f. 03), observa-se que o apelante possui contra si 02 (doi) inquéritos para apuração de supostos atos infracionais análogos a fatos definidos como crimes.

Nos termos do Relatório Psicossocial (f. 143/144), o adolescente apresentaria, em princípio, profundo envolvimento com a criminalidade.

Conquanto o adolescente negue envolvimento com o tráfico de drogas, as investigações concluíram que a motivação para o crime de homicídio teria sido, supostamente, beligerância entre grupos rivais de traficantes pelo comando do comércio proscrito de entorpecente em conjunto habitacional. Outrossim, o apelante, em tese, integraria a denominada "Gangue do Jiraya", supostamente, temida no Bairro Citrolândia pela presumida prática do tráfico de drogas.

A Psicóloga e a Assistente Social concluíram que a genitora do adolescente possui dificuldades em exercer a educação filial e se apresenta omissa em relação às atividades do adolescente. Ademais, observaram que o adolescente não demonstrou arrependimento.

As Especialistas sugeriram a manutenção da Medida Socioeducativa de Internação.

Em tese, encontra-se evidenciada situação de elevada periculosidade existencial e social do apelante.

E, nesse sentido, é de se considerar que as Medidas Socioeducativas têm como finalidade precípua a ressocialização do adolescente em conflito com a lei. Conquanto as Medidas Socioeducativas não tenham, propriamente, caráter retributivo ao dano, não podem, por outro lado, dele distanciarem-se em demasia, a fim de que não se percam de vista as consequências do ato.

Infere-se, pois, que a situação do apelante postula intervenções diretas, razão pela qual a Internação, em tese, revela-se a Medida mais adequada à espécie, porquanto garantirá ao apelante acompanhamento especializado com vista à ressocialização e à preparação para inserção no mercado de trabalho e regresso aos estudos.

Em razão do exposto, nego provimento ao recurso, a fim de confirmar, integralmente, a r. sentença que aplicou ao apelante P.H.S. Medida Socioeducativa de Internação, por prazo indeterminado, com reavaliação a cada seis meses, pela prática de ato infracional análogo ao crime previsto no art. 121, § 2º, I e IV, na forma do art. 29, ambos do Código Penal.

Sem custas processuais a teor do art. 141, § 2º, do Estatuto da Criança e do adolescente.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Antônio Carlos Cruvinel e Paulo Cézar Dias.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Roubo qualificado - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Presença física dos acusados na AIJ- Ausência de obrigatoriedade - Autoria delitiva - Comprovação - Acervo probatório harmônico -Súmula 443 do STJ - Aplicabilidade.

- A ausência dos réus fisicamente na audiência de instrução e julgamento, por si só, não deságua em violação ao contraditório e à ampla defesa, mormente quando sua defesa técnica, se fez presente ao ato, de modo a, exatamente, garantir o concreto exercício do contraditório e da ampla defesa, participando ativamente do ato. Se acervo probatório é perfeitamente harmônico, no sentido de apontar os recorrentes como autores do crime de roubo majorado, de rigor a manutenção de suas condenações. Segundo a Súmula 443 do STJ, o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

Apelação Criminal nº 1.0637.17.004662-6/001 - Comarca de São Lourenço - Apelantes: J.E. F.R., L.N.J.F. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. - Relatora: Desª. Valéria Rodrigues Queiroz.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em rejeitar a preliminar e dar parcial provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 03 de dezembro de 2020. - *Valéria Rodrigues Queiroz.* – Relatora.

Voto

DESª. VALÉRIA RODRIGUES QUEIROZ - Trata-se de recurso de apelação, interposto às f. 184/192 por J.E.F.R. e L.N.J.F., contra a sentença proferida pelo Juízo da Vara Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de São Lourenço, a qual, nos autos da ação penal movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, condenou os apelantes, respectivamente, a cumprir pena privativa de liberdade de 08 (oito) anos, 02 (dois) meses de reclusão no regime inicial fechado de prisão, e a pagar 18 (dezoito) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo do fato, atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária, por infração ao art.157, § 2°, II e IV do Código Penal, em regime inicialmente aberto e a cumprir pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos de reclusão no regime inicial fechado de prisão, e a pagar 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo do fato, atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária, por infração ao art.157, § 2º, II e IV do Código Penal, em regime inicialmente semiaberto.

Em razões de recurso, os apelantes levantam preliminar de violação ao contraditório e à ampla defesa, arguindo nulidade consubstanciada no fato de que não acompanharam, presencialmente, a produção da prova oral.

No mérito, argumentam que devem ser absolvidos, porque a prova produzida, no âmbito do devido processual, não é forte o bastante a comprovar a autoria delitiva.

Sustentam que a vítima, sem que os réus estivessem presentes na AIJ, reconheceu-os como sendo os autores do crime.

Aduzem que o reconhecimento não observou as formalidades do art. 220 do Código de Processo Penal que, assim, trata-se de ato praticado sem a observância das formalidades legais e que não tem qualquer valor probatório e não se presta a alicerçar uma decisão condenatória.

Apregoam que, na terceira fase da dosimetria da pena, aplicou-se o acréscimo de 1/2 (meio), diante do reconhecimento das causas de aumento de pena do § 2º, do art. 157 do Código Penal, mas que o acréscimo deve ser de 1/3 (um terço), visto não fundamentado o porquê de ter elevado a pena na metade, sendo, portanto, hipótese de se aplicar a Súmula 443, do Superior Tribunal de Justiça.

Postulam, assim, a acolhida da questão preliminar suscitada e declaração de nulidade do processo e, não sendo o caso, o provimento da apelação, para que seja diminuída a pena em 1/3, na terceira fase de dosimetria, com aplicação da norma do art. 387, § 2º, do CPP, em favor de J.E.F.R., abrandando-se o seu regime inicial de cumprimento de pena.

Contrarrazões, pelo Ministério Público, às f. 193/203, oportunidade em que pleiteia o desprovimento do recurso e consequente manutenção da sentença.

Nesta Instância, a Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 230/235, opina pela rejeição da questão preliminar e, sendo conhecido o recurso, para que a ele seja negado provimento.

É o Relatório.

Passo ao voto.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminar - violação ao contraditório e à **ampla defesa**

Arguem os recorrentes a nulidade do feito, a partir da audiência de instrução, julgamento e debates, ao argumento de que, por não terem estado presentes no ato, houve violação a malferir o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Os apelantes alicerçam suas alegações afirmando que é direito dos réus acompanharem a produção da prova oral, pois trata-se de manifestação da autodefesa, a qual, segundo dizem, não se resume apenas ao interrogatório judicial, mas também ao direito de audiência.

Realçam os apelantes que poderiam muito bem fazer perguntas por intermédio da Defensoria Pública à vítima e às testemunhas, o que restou inviabilizado, considerando que o Poder Público não providenciou a requisição dos apelantes para comparecimento ao ato, não obstante a existência de decisão requisitória.

Sem razão a defesa.

É que a ausência dos réus fisicamente na audiência de instrução e julgamento, por si só, não deságua em violação ao contraditório e à ampla defesa, mormente quando sua defesa técnica, como no caso dos autos, se fez presente ao ato, de modo a, exatamente, garantir o concreto exercício do contraditório e da ampla defesa, participando ativamente do ato.

Ademais, já que os recorrentes se encontravam e se encontram presos, de se destacar especial peculiaridade, realçada na sentença, segundo a qual "foram empreendidos todos os esforços no sentido de assegurar a presença dos réus na AIJ, não só com o deferimento do recambiamento, como também requisição para apresentá-los na audiência conforme f.67."

Assim, a ausência dos réus em questão consubstancia-se em mera irregularidade inapta a caracterizar qualquer espécie de prejuízo concreto a sua defesa.

Neste sentido, colaciono Julgado deste E TJMG:

> Apelação Criminal. Roubos em continuidade delitiva. Preliminar. Oitiva das testemunhas realizada sem a presença do acusado. Nulidade relativa. Prejuízo não demonstrado. Rejeição. Mérito. Crime cometido contra B.N.O. Autoria e materialidade comprovadas. Confissão extrajudicial. Álibi não demonstrado. Reconhecimento efetuado pela vítima. Condenação mantida. Dosimetria. Pena do roubo simples. Ajuste necessário. - "A presença de réu preso em audiência de inquirição de testemunhas, embora recomendável, não é indispensável para a validade do ato, configurando-se como nulidade relativa, fazendo-se, pois, necessária, principalmente se o ato processual se realiza noutra unidade da federação, da efetiva demonstração de prejuízo à defesa" (STJ, HC 48.835/MS, DJ 03/04/2006). - Havendo prova cabal da autoria, materialidade e tipicidade do crime de roubo cometido contra B.N.O, consubstanciada na palavra da vítima, em consonância com testemunhos colhidos sob o crivo do contraditório, resulta inviável a súplica absolutória, mormente na hipótese em que o réu não comprova o álibi apresentado. - Incumbe à instância revisora corrigir equívoco na aplicação da pena, em homenagem à ampla devolutividade da apelação. (Apelação Criminal nº 1.0105.15.020873-1/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: J.G.M.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: C.A.S.).

Assim também é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> [...] Tráfico de drogas. Presença do réu em audiência. Ausência de prejuízo. Réu preso em outra unidade da federação [...] 1. "A presença de réu preso em audiência de inquirição de testemunhas, embora recomendável, não é indispensável para a validade do ato, configurando-se como nulidade relativa, fazendo-se, pois, necessária, principalmente se o ato processual se realiza noutra unidade da federação, da efetiva demonstração de prejuízo à defesa" (HC 48.835/MS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 14.03.2006, DJ 03.04.2006, p. 382) [...] (AgRg no HC 237.121/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 21.08.2018, DJe 30.08.2018).

Portanto, a irresignação da defesa não se revela suficiente a demonstrar que o processo deva ser alvo de declaração de nulidade, com base nos argumentos expendidos na preliminar.

Desse modo, rejeito a preliminar.

Mérito

No que tange aos fatos que envolvem o mérito da pretensão punitiva julgada procedente pela sentença, vê-se que a denúncia descreve que os apelantes, em 20.06.2017, por volta das 01h, próximo à Faculdade São Lourenço, bairro Federal, na cidade de São Lourenço/MG, previamente ajustados e agindo em comunhão de desígnios, mediante violência e grave ameaça, subtraíram para si o veículo Honda/Civic LXS, cor verde, ano XXXX, placa XXX-XXXX, de XXXXXX, 01 (um) aparelho celular marca Samsung, modelo DUOS, cor azul e 01 (um) "Token" do Banco Bradesco todos pertencentes a vítima R.R.

Consta da peça acusatória, ainda, que também no dia 20.06.2017, por volta das 08h30min, os bens subtraídos foram localizados no município de Resende-RJ.

De saída, anoto que, quanto à materialidade delitiva, não há controvérsia e nem qualquer tipo de insurgência dos apelantes.

A defesa argumenta que os apelantes devem ser absolvidos, porque a prova produzida no âmbito do devido processo legal não é forte o bastante a comprovar a autoria delitiva e apregoa que o reconhecimento efetivado pela vítima inobservou as formalidades previstas no art. 220, do CPP e, assim, não se revestiria de valor probatório para subsidiar a condenação aposta na sentença.

A bem da verdade, o que se tem é que o acervo probatório é perfeitamente harmônico, no sentido de apontar os recorrentes como autores do crime de roubo majorado, sendo a manutenção das condenações lançadas medida necessária.

Assim, eventual inobservância de alguma das exigências do art. 226 do Código de Processo Penal não tem o condão, isoladamente, de fazer cair por terra o seu valor probatório, seja porque tais exigências são meramente formais e não da essência à validade do ato, seja por que, no caso dos autos, há harmonia com os demais elementos de prova formados.

A propósito, posiciona-se Mirabete:

> Não sendo obedecidas as formalidades legais, o reconhecimento, mesmo assim, não perde todo o seu valor, valendo como elemento de convicção do julgador, de acordo com os princípios aceitos em nossa legislação sobre o livre convencimento. Por isso, já se tem decidido que a inobservância dos procedimentos fixados na lei só pode ser causa da ineficácia do reconhecimento pessoal quando este não for confirmado por outras provas (MIRABETE. Processo Penal, 8ª ed., Ed. Atlas, p. 309).

Nesse sentido, é a Jurisprudência pátria

> Não anula o ato a circunstância de a pessoa que se pretende reconhecer não ser colocada junto a outras, como diz a lei, deve ser observado quando possível. Trata-se de uma recomendação e não uma exigência (RT 711/331).

Nesse contexto, de se destacar, ainda, como bem fundamentado e explorado na sentença que

> A testemunha Cristiano, guarda civil, foi ouvido pelo sistema de gravação audiovisual, e afirmou que não conhecia os acusados e foi acionado pela vigilância do local onde os réus estacionaram o carro, pois o condutor apresentava dificuldades na condução do veículo. Assim, disse que fez a abordagem dos acusados e solicitou os documentos do veículo, sendo que foi alegado por um deles que era do cunhado. Contou que os réus tentaram evadir-se do local, sendo necessário o uso dos meios necessários para detê-los e conduzi-los à Delegacia. Acrescentou que com ajuda dos policias militares foi encontrado no veículo o aparelho celular do proprietário, o que veio a confirmar que o veículo tinha sido subtraído em São Lourenço.

E, também:

> [...] que a vítima, ouvida em juízo, foi categórica ao reconhecer os acusados na Delegacia de Resende/RJ, bem como narrou os fatos de forma clara e coerente, inclusive afirmando que nem mesmo conhecia os réus e tampouco lhes emprestou o seu veículo.

Desse modo, tenho por cristalina e induvidosa a autoria dos apelantes, em razão do que restaram condenados na forma disposta na sentença, não havendo razão bastante e suficiente a alicerçar conclusão diversa ao que dos autos consta.

É tese recursal defendida também pelos apelantes que, na terceira fase da dosimetria da pena, aplicou-se o acréscimo de 1/2 (meio), diante do reconhecimento das causas de aumento de pena do § 2º, do art. 157 do Código Penal, mas que o acréscimo deve ser de 1/3 (um terço), visto não fundamentado o porquê de ter elevado a pena na metade, sendo, portanto, hipótese de se aplicar a Súmula 443, do Superior Tribunal de Justiça.

O preceito sumular suscitado reza que: "Súmula 443 do STJ: O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

Da sentença se colhe a seguinte fundamentação idêntica para ambos apelantes:

> Presentes, contudo, as causas de aumento de pena do concurso de agentes e do transporte do veículo subtraído para outro Estado (CP, art. 157, § 2o, II e IV), motivo pelo qual aumento a reprimenda fixada em 1/2, totalizando, 08 anos, 02 meses de reclusão e 18 dias-multa no valor unitário mínimo.

Do excerto do decreto condenatório, verifica-se que a escolha da fração de aumento acima do mínimo legal está, de fato, desacompanhada de qualquer fundamentação concreta, devendo, por tal razão, ser acolhida a irresignação dos apelantes no ponto.

A propósito, já decidiu a Corte Superior:

> Penal. Agravo regimental em agravo em recurso especial. Inexistência de ofensa ao princípio da colegialidade. Roubo circunstanciado. Art. 157, § 2º, I e II, do CP. Dosimetria. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Circunstâncias do crime. Valoração negativa. Uso de uma das causas de aumento como fundamento para exasperar a pena-base. Possibilidade. Precedentes. [...] 2. A teor da jurisprudência desta Corte, é possível a utilização, nos casos em que há mais de uma causa de aumento da pena no crime de roubo, a utilização de uma delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, e as outras para exasperar a reprimenda na terceira etapa da dosimetria da pena, desde que não seja pelo mesmo motivo, respeitando-se o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes. Precedentes. 3. Na espécie, foram duas causas de aumento reconhecidas, sendo uma delas - concurso de agentes - utilizada para justificar o aumento da pena-base, como circunstâncias do crime, e a outra - emprego de arma - para caracterizar a majorante do roubo e aumentar a sanção na terceira fase da dosimetria. Em se tratando de duas circunstâncias distintas, não há falar em bis in idem, encontrando-se válida a motivação adotada pelo Magistrado sentenciante. 4. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp. 1251918/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 03.05.2018, DJe 11.05.2018).

Destarte, ante a ausência de fundamentação apta a justificar a exasperação da pena em 1/2 (meio), pelos motivos acima expostos, mostra-se necessária a redução da fração de aumento referente às majorantes previstas no art.157, § 2º, II e IV, do Código Penal, para o mínimo legal de 1/3 (um terço).

Diante disso, necessário se reestruturar a pena dos acusados, mantido incólume o cálculo realizado na sentença, quanto à primeira e segunda fases, contudo, fazendo-se incidir a fração de 1/3 (terço) sobre a pena base.

Apelante L.N.J.F:

A sentença condenou o apelante L.N.J.F. à pena base de 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Assim, mantidos os demais parâmetros utilizados pelo Juízo primevo, aplicando-se a fração de 1/3 (um terço), referente ao reconhecimento das causas de aumento concurso de agentes e do transporte do veículo subtraído para outro Estado (CP, art. 157, § 2º, II e IV), a pena final concretiza-se em 5 (cinco) anos, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias-multa.

Não vislumbro motivos hábeis a modificar o regime inicial de cumprimento de pena, diante do que restou consignado na sentença, ou seja, considerando sua flagrante periculosidade, materializada no fato do crime ter sido cometido com violência à pessoa, valendo notar, contudo, que deve restar mantida a modificação para o regime inicial semiaberto como cumprimento do restante da reprimenda fixada, conforme dispõe o art.387, § 2° do CPP e ressalvado na sentença.

Apelante J.E.F.R:

A sentença condenou o apelante J.E.F.R. à pena base de 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Assim, mantidos os demais parâmetros utilizados pelo Juízo primevo, aplicando-se a fração de 1/3 (um terço) referente ao reconhecimento das causas de aumento concurso de agentes e do transporte do veículo subtraído para outro Estado (CP, art. 157, § 2º, II e IV), a pena final concretiza-se em 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias, e 16 (dezesseis) dias-multa.

Não vislumbro motivos hábeis a modificar o regime inicial de cumprimento de pena, diante do que restou consignado na sentença, ou seja, considerando o fato do crime ter sido cometido com violência à pessoa.

Isto posto, dou parcial provimento ao recurso, nos termos da fundamentação.

Sem custas recursais. Comunique-se à execução.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores Beatriz Pinheiro Caires e Nelson Missias de Morais.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Criminal - Resistência - Materialidade e autoria comprovada - Testemunho de policiais militares válido - Condenação mantida - Falsificação de documento público c.c. Uso de documento falso - Dosimetria -Reavaliação das circunstâncias judiciais - Antecedentes, personalidade e motivos - Redução da pena base - Incidência da atenuante da confissão espontânea.

- Pratica o delito do art. 329 do CP (resistência) o réu que se recusa a entrar no compartimento da viatura policial, no momento do cumprimento do mandado de prisão, sendo necessário o uso de força física e de algemas para cumprimento da ordem.

- Conforme entendimento fixado pelo STF, o depoimento policial é válido como prova testemunhal, tendo em vista que respondem pelo falso como qualquer outra testemunha, se não há provas de irregularidade e está em consonância com as demais provas dos autos.

- Falsificado documento de identidade e utilizado documento falso no momento que foi preso em flagrante, praticou o réu os crimes do art. 297 do CP e 304 do CP.

- Não se caracteriza "maus antecedentes" se não há condenação contra o réu, mas apenas processos em instrução. Não havendo elementos nos autos para desqualificar a personalidade do agente e sendo os motivos do crime próprios do tipo penal, devem as circunstâncias ser consideradas favoráveis. Favoráveis todas as circunstâncias judiciais a pena-base deve ser fixada no mínimo legal.

- Nos termos da Súmula n° 545 do STJ, a confissão do réu deve incidir como atenuante da pena, na 2ª fase da dosimetria, se foi utilizada na formação do convencimento do magistrado, beneficiando o réu na proporção da sua importância para o decreto condenatório.

- Não cabe o pedido para reforma da sentença e redução da pena se a atenuante da confissão espontânea foi considerada pelo magistrado *a quo* na 2ª fase da dosimetria e não há outros fatores a serem aplicados, ressalvando a vedação de fixação da pena abaixo do mínimo legal (Súmula n° 231 STJ).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0407.18.005786-8/001 - Comarca de Mateus Leme - Apelante: I.S.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: DES. BRUNO TERRA DIAS.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de novembro de 2024. - *Bruno Terra Dias* - Relator.

Voto

DES. BRUNO TERRA DIAS - Trata-se de recurso de apelação criminal, interposto por I.S.M. contra a r. sentença de f. 140/145-v, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Mateus Leme, que julgou procedente a denúncia para condenar o réu nas sanções do art. 304 c.c. art.297 e 329, todos do CP, às penas de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 03 (três) meses de detenção, em regime semiaberto, e 105 (cento e cinco) dias-multa, no valor mínimo legal.

Narra a denúncia que:

> [...] No dia 27 de novembro de 2018, por volta de 21h17min, na rua Ribeirão das Neves, nº 246, Bairro Imperatriz, Mateus Leme/MG, nesta comarca, o denunciado fez uso de documento público falso.
>
> No dia fatídico, os policiais militares obtiveram informações sobre o endereço do denunciado I.S.M., que é indivíduo conhecido pelo meio policial. Em seguida, os policiais se deslocaram até a sua residência a fim de cumprir mandado de prisão aberto em seu nome.
>
> Assim, o denunciado foi abordado por policiais militares, ao sair de sua residência, e ao identificar-se, apresentou-se a estes usando uma Carteira de Identidade falsa, que muito embora pertencesse à pessoa qualificada como sendo L.P.S., apresentava a foto do denunciado (exame documentoscópico de f. 64/66).
>
> Consta também, que no mesmo dia, horário e local, o denunciado se opôs à execução de ato legal, mediante violência a funcionário competente para executá-lo, qual seja, os policiais militares.
>
> Em determinado momento da abordagem, o denunciado se recusou a conduzi-lo. [...] (f. 01D/01-vD).

A denúncia foi recebida em 08.03.2019 (f. 78) e o processo seguiu os seus trâmites regulares, culminando com a r. sentença de f. 140/145-v, registrada em 13.09.2019 (f. 145-v), sendo o réu intimado às f. 149, oportunidade em que manifestou o desejo de recorrer (f. 148).

Em suas razões recursais (f. 153/156), a defesa do réu requer a absolvição do delito do art. 329 do CP por inexistência de provas e o reconhecimento da confissão espontânea do delito do art. 304 do CP c.c. art.297 do CP, fixando-se a pena no mínimo legal.

O Ministério Público, em suas contrarrazões de f. 157/159, pleiteia o conhecimento e não provimento do recurso.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 200/203, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o breve relatório.

Admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminares.

Não foram arguidas preliminares, nem vislumbro alguma que deva ser reconhecida de ofício, razão pela qual passo ao exame do mérito recursal.

Mérito.

Compulsando os autos, entendo que não assiste razão à defesa nem quanto ao pedido de absolvição nem de alteração da pena.

A defesa requer absolvição do delito de resistência (art. 329 do CP), alegando inexistência de provas.

Nos termos do art. 329 do CP, pratica o delito de resistência quem se opõe "à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio".

A materialidade do delito está demonstrada no Auto de Prisão em Flagrante (f. 02/10), Boletim de Ocorrência (f.1 1/14), bem como a prova oral colhida nos autos.

No tocante à autoria, também restou comprovada nos autos, em que pese a negativa do réu.

Consta dos autos que os policiais foram à residência do réu para cumprir mandado de prisão e este se opôs, recusando-se a entrar no compartimento da viatura, sendo necessário o uso de algemas e força física para o cumprimento da ordem.

A testemunha A.O.R., policial militar condutor da ocorrência, afirmou em seu depoimento na fase inquisitorial (f. 02), posteriormente confirmado na fase judicial (mídia de f. 118), que:

> [...] Isaque ainda se recusou a entrar no compartimento de preso da viatura, sendo necessário uso de algemas e força física para conduzi-lo. [...].

Tal depoimento foi confirmado pela testemunha A.A.O. (f.04 e mídia de f.118):

> [...] Que ao ser abordado Isaque se identificou como a pessoa de L.P.S., e em sua carteira tinha uma identidade no nome de L. [...] E ele a princípio não queria entrar, motivo pelo qual utilizamos de força, imobilizamos e efetuamos a prisão e no bolso estava a identidade. Ele não chegou a exibir o documento, mas se identificou como outra pessoa e estava portando o documento. [...].

Quanto aos depoimentos prestados por policiais, deve-se dar crédito como se de qualquer outra testemunha fossem, eis que prestam compromisso e estão sujeitos às penalidades legais pelo falso.

Tratando-se de crime de resistência, ocorrido por oposição no réu no momento do cumprimento do mandado de prisão, no qual não houve outras testemunhas presenciais, o testemunho dos policiais que participaram do cumprimento do mandado deve ser levado em consideração, se não houver provas de irregularidade, como é o caso dos autos.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de não haver irregularidades em ser o policial testemunha sobre os atos de ofício em cuja fase policial tenha participado. Confira-se:

> *Habeas corpus*. Processual penal. Sentença condenatória fundamentada em depoimentos colhidos na fase judicial: ausência de nulidade. Constrangimento ilegal ou abuso de poder não configurados. Ordem

> denegada. 1. A sentença condenatória está fundada em elementos concretos devidamente comprovados nos autos, expondo de forma exaustiva todos os elementos de convicção que levaram à condenação do paciente, o que afasta a alegação de nulidade por não observância das regras de fundamentação. 2. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de, na fase judicial, os policiais que participaram das diligências serem ouvidos como testemunhas e de que a grande quantidade de droga apreendida constitui motivação idônea para fixação da pena-base acima do mínimo legal. 3. *Habeas corpus* denegado. (HC nº 91487/RO, Rel.ª Min. Carmen Lúcia, DJe de 11.09.2007).
>
> Processual penal. Penal. Testemunha policial. Prova: exame. I. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de o policial que participou das diligências ser ouvido como testemunha. Ademais, o só fato de a testemunha ser policial não revela suspeição ou impedimento. II. Não é admissível, no processo de *habeas corpus*, o exame aprofundado da prova. III. H.C. indeferido. (HC nº 76557/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 04.08.98).

Portanto, não havendo demonstração de irregularidade por parte da defesa, o depoimento policial deve ser levado em conta e, demonstrado nos autos que o réu se opôs ao cumprimento do mandado de prisão e teve que ser contido e algemado para que entrasse na viatura, resta caracterizado o delito.

Assim sendo, incabível o argumento de inexistência de provas para ensejar a absolvição, sendo a condenação medida que se impõe.

No que tange ao delito de falsificação de documento público (art. 297 do CP) c.c. uso de documento falso (art. 304 do CP), observo que a defesa não discute a condenação, apenas requer alteração da pena para reconhecimento da confissão espontânea e fixação da pena no mínimo legal.

Nos termos do art. 297 do CP, pratica crime quem "falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro" e, conforme art. 304 do CP, pratica crime quem faz "uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302".

Vale ressaltar que não se questionou eventual absorção do delito de uso de documento falso pelo de falsificação, não tendo sido objeto da sentença. Portanto, incabível qualquer manifestação desta corte neste sentido sob pena de configurar supressão de instância.

Neste sentido já se manifestou o STJ:

> Agravo regimental. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Falsificação de documento público e uso de documento falso. Trancamento da ação penal. Nulidade do processo administrativo disciplinar que embasou a denúncia. Impossibilidade de análise no âmbito do processo penal. Necessidade de dilação probatória. Via inadequada. 1. Pacificou-se nesta Corte Superior de Justiça o entendimento de que eventuais ilegalidades ocorridas no decorrer do processo administrativo que embasou a persecução criminal não podem ser dirimidas na ação penal, uma vez que nela as partes interessadas não podem exercer o contraditório e ampla defesa, bem como porque o juízo criminal não possui competência para examinar eventuais eivas nele ocorridas. Precedentes. 2. Em sede de *habeas corpus* e de recurso ordinário em *habeas corpus* somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova

> da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta. 3. Não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente *mandamus*, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal por esta via, já que seria necessário o profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente.
>
> Medida cautelar de suspensão do exercício das funções públicas. Ilegalidade da medida. Falta de prova pré-constituída. Necessidade de documentação comprobatória. Coação ilegal não configurada. 1. O reclamo não foi instruído com cópia do acórdão que analisou a legalidade da medida cautelar de afastamento das funções públicas ocupadas pelo recorrente, peça processual indispensável para o deslinde da controvérsia. 2. O rito do *habeas corpus* e do recurso ordinário em *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira tempestiva e inequívoca, por meio documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal, ônus do qual não se desincumbiu a defesa, exercida por profissional da advocacia. Precedentes.
>
> Absorção do crime de uso do documento falso pelo delito de falsificação de documento público. Matéria não nalisada pela corte de origem. Supressão de instância. 1. A alegada absorção do delito de uso de documento falso pelo de falsificação não foi alvo de deliberação pela Corte de origem no acórdão impugnado, circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre o tópico, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg nos EDcl no RHC 128342/RJ).

A materialidade dos delitos está demonstrada pelos Auto de Prisão em Flagrante Delito (f. 02/10), Boletim de Ocorrência (f. 11/14), Auto de Apreensão (f. 15), Laudo Documentoscópico (f. 141), bem como a prova oral colhida nos autos. A autoria também restou comprovada nos autos, tendo o réu confessado a prática delitiva em seu depoimento policial e perante o juízo, sob o crivo do contraditório.

Afirmou o réu que:

> [...] Comprou a carteira há cerca de seis meses na Praça Sete, pagando a quantia de R$250,00 (duzentos e cinquenta reais); que comprou a mesma porque sabia que havia mandados de prisão em seu nome, de processos que vem respondendo. [...] Portava em sua carteira o documento mencionado na denúncia e que este seria um documento falso, o qual foi comprado em razão de ter pra si outros processos criminais um deles, inclusive, com mandado de prisão que no dia da denúncia se encontrava em aberto. [...] (f. 116/116-v).

Assim, não há dúvida sobre a prática dos delitos de falsificação de documento e uso de documento falso pelo acusado, diante de sua confissão.

Nos termos da Súmula n° 545 do STJ, "quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal".

Assim, a confissão do réu deve ser utilizada como atenuante da pena na 2ª fase da dosimetria se foi utilizada para formação do convencimento. Esta deve beneficiar o réu na proporção da sua importância para o decreto condenatório.

O delito do art. 297 do CP (falsificação de documento público) prevê pena de reclusão de dois a seis anos e multa, enquanto o delito do art. 304 do CP (uso de documento falso) prevê a pena cominada à falsificação, acima descrita.

No caso dos autos, na primeira fase da dosimetria o magistrado considerou desfavoráveis os antecedentes, a personalidade e o motivo, fixando a pena base em 3 (três) anos de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa, o que não foi objeto de recurso.

Quanto aos antecedentes, entendeu o juiz sentenciante que o réu responde por crimes diversos, inclusive homicídio e tráfico de entorpecentes, sendo desfavorável a circunstância judicial.

De fato, tanto STF quanto STJ já se manifestaram no sentido de que as condenações anteriores, mesmo atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não caracterizem reincidência, podem servir para caracterizar maus antecedentes (STF RE nº 593.818/SC [repercussão geral], STJ, AgRg no REsp 1875382/MG, AgRg no REsp 1888093/RJ).

No entanto, diante de circunstância judicial de caráter objetivo ("antecedentes") e, verificando a CAC de f. 73/77 e 106/107, constato que não há condenações anteriores em face do apelante, transitadas ou não, apenas processos em instrução.

Portanto, é favorável a circunstância judicial "antecedentes".

Em relação à personalidade do réu, foi considerado na sentença que este "denota certa agressividade". No entanto, não vislumbro nos autos elementos aptos a desqualificá-lo, sendo favorável a circunstância.

No que tange aos motivos que impulsionaram a prática do delito, são próprios do tipo penal.

Portanto, sendo favoráveis todas as circunstâncias do art. 59 do CP, redimensiono a pena base. Para o delito de resistência, fixo em 02 (dois) meses de detenção e para o delito de uso de documento falto, em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, não houve incidência de agravantes e foi considerada a atenuante da confissão espontânea, permanecendo as penas no montante fixado, tendo em vista a Súmula nº 231 do STJ, que veda a condução da pena abaixo do mínimo legal.

Na terceira fase não há causa de diminuição nem causa de aumento a ser considerada, restando a pena definitiva em 02 (dois) anos de reclusão, 02 (dois) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa.

Nos termos do art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal, fixo o regime inicial aberto para cumprimento de pena, não se justificando a prisão cautelar do réu, enquanto se aguarda o trânsito em julgado; necessária expedição de alvará de soltura.

Não preenchidos integralmente os requisitos do art. 44 do Código Penal, incabível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Conclusão.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para fixar redimensionar a pena base, fixando a pena definitiva em 02 (dois) anos de reclusão, 02 (dois) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, com regime inicial de cumprimento de pena aberto e imediata expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso o réu.

Custas *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Paula Cunha e Silva e Rubens Gabriel Soares.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Roubos tentados - Desconsideração da revelia - Impossibilidade - Autoria e materialidade comprovadas - Condenação mantida - Desclassificação para o delito de furto - Grave ameaça caracterizada - Reconhecimento de crime único - Inocorrência - Tentativa de subtração de patrimônios distintos em uma única ação delitiva - Art. 70 do CP - Concurso formal mantido.

- Deve ser decretada a revelia do acusado que, devidamente intimado para a audiência de instrução e julgamento, não comparece a tal ato processual, nos termos do art. 367 do CPP. Tal instituto, entretanto, no processo penal, não possui os mesmos efeitos da revelia no processo civil, não havendo presunção de veracidade dos fatos narrados na peça acusatória.

- Demonstradas autoria e materialidade do crime de tentativa de roubo, não há que se falar em absolvição.

- Restando comprovado o emprego de grave ameaça contra as vítimas, para o fim de subtrair seus pertences, não há como se proceder à desclassificação do crime de roubo para o de furto.

- O crime de roubo praticado simultaneamente contra mais de uma vítima e mais de um patrimônio caracteriza o concurso formal de crimes, e não crime único, ensejando a aplicação da regra de cômputo prevista no art. 70 do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0216.18.006109-7/001 - Comarca de Diamantina - Apelante: D. J.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS (JD. CONVOCADO).

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR SUSCITADA E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2020. - *José Luiz de Moura Faleiros* - Relator.

Voto

JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS (JD. CONVOCADO) - Trata-se de recurso de apelação, interposto por D.J.S., em face da sentença de f. 88/93-v., que o condenou como incurso nas sanções do art. 157, *caput*, c.c. art. 14, II, por quatro vezes, na forma do art. 70, todos do Código Penal, à pena

total de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e 28 (vinte e oito) dias-multa, no mínimo legal.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que, no dia 18 de agosto de 2018, por volta das 5h40min, na Rua XXXX XX XXXX, Centro do município de Diamantina, o denunciado tentou subtrair para si, mediante ameaça e violência, os aparelhos celulares das vítimas M.C.M.S., F.A.S., R.M.M. e C.M.M.

A denúncia foi recebida em 31 de agosto de 2018 (f. 44/45). A sentença foi publicada aos 26 de setembro de 2019 (f. 96).

Inconformada, apelou a defesa (f. 364), requerendo, preliminarmente, a desconsideração da revelia do réu. No mérito, pretende, em síntese, absolvição do acusado, por insuficiência de provas para a condenação e, alternativamente, a desclassificação da conduta para o crime de furto, a aplicação da atenuante da confissão espontânea, o reconhecimento de um único crime de roubo, com o consequente afastamento do concurso formal aplicado na sentença, e a concessão dos benefícios da justiça gratuita (f. 102/106).

Em contrarrazões, pugnou o Ministério Público pelo desprovimento do recurso (f. 111/112-v.).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 122/128-v., opinou pelo parcial provimento do recurso.

É o Relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Em sede preliminar, aduz a defesa do acusado que a revelia não poderia ser reconhecida.

Data venia, razão não lhe assiste.

Compulsando os autos, verifiquei que o acusado, devidamente intimado para a audiência de instrução e julgamento (f. 75/76), não compareceu a tal ato processual (f. 77), razão pela qual foi decretada sua revelia, nos termos do art. 367 do CPP, *in verbis*: *Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.*

Saliento que inexiste qualquer nulidade, em razão de ter sido decretada a revelia do réu, uma vez que tal instituto no processo penal não possui os mesmos efeitos da revelia no processo civil.

Isso, porque no processo penal, em que pese tratar-se de réu revel, não haverá presunção de veracidade dos fatos narrados na peça acusatória, sendo a única consequência da revelia a desnecessidade de intimação do acusado para a prática dos demais atos processuais, com exceção da intimação da sentença condenatória, nos termos do art. 392 do CPP.

Nesse sentido:

> Apelação criminal. Furto. Absolvição diante da impossibilidade de decretação da revelia. Descabimento - absolvição por ausência de dolo. Inocorrência. Embriaguez voluntária. Redução da pena-base. Inviabilidade. Maus antecedentes. Abrandamento do regime prisional, substituição da pena corporal por

> reprimendas restritivas de direitos e concessão do sursis - inadequação. Redução da pena de multa de ofício. Desproporcionalidade com a pena privativa de liberdade. - Dispõe o art. 367 do Código de Processo Penal que "O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo". Em casos tais, a decretação da revelia do réu não o prejudica nem torna necessária a absolvição dele. A embriaguez voluntária descaracteriza a hipótese excludente de culpabilidade prevista no art. 28, § 1º, do Código Penal e também não autoriza a redução da reprimenda com base no art. 28, § 2º, do Codex. Demonstradas a autoria e a materialidade pelo conjunto probatório e comprovado que a conduta do réu se amolda perfeitamente ao tipo penal do art. 155, *caput*, do Código Penal, é impossível a absolvição. Os maus antecedentes do acusado autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal. A presença de circunstância judicial negativa torna insuficiente a imposição do regime prisional aberto, bem como a substituição da pena corporal por restritivas de direitos ou a concessão do sursis. O número de dias-multa deve ser fixado de forma proporcional à pena privativa de liberdade, de modo que o aumento ou a diminuição feita na pena corporal deve também incidir na pena de multa (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0141.15.000660-1/002, Rel. Des. Flávio Leite, 1ª Câmara Criminal, j. em 12.05.2020, p. em 22.05.2020).

Assim, o não comparecimento do acusado à audiência de instrução e julgamento, com a consequente decretação de sua revelia, não implicou qualquer prejuízo para a parte, mormente por ter sido assistido por Defensor nomeado para o ato, de tal sorte que inexiste nenhuma nulidade a ser reconhecida.

Por tais razões, rejeito a preliminar suscitada.

Não tendo sido arguidas outras preliminares, nem vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

Busca a defesa a absolvição do acusado quanto à imputação referente ao crime de roubo, por insuficiência de provas. Alternativamente, pretende a desclassificação da conduta para o delito de furto.

Data venia, razão não lhe assiste.

A materialidade delitiva encontra-se comprovada pelo boletim de ocorrência (f. 21/25) e pela prova oral colhida.

A autoria também é inconteste, tendo o apelante, interrogado somente em sede policial (f. 12/13), confessado que tentou praticar o roubo narrado na denúncia.

Por sua vez, ouvidas, as vítimas confirmaram a ocorrência do crime de roubo tentado, narrando, detalhadamente, a forma como os fatos foram praticados e reconheceram o acusado como o autor (f. 04/11 e mídia audiovisual de f. 44).

Oportuno ressaltar que a palavra das vítimas nos crimes patrimoniais, geralmente praticados na clandestinidade, assume relevante valor probatório, mormente quando demonstrado que não possuem intenção de incriminar pessoa inocente, mas tão somente de narrar a atuação ilícita.

Aliás, a jurisprudência é farta em atribuir credibilidade à palavra do ofendido em casos como o presente. Confira-se: *"A palavra da vítima de crime de roubo é, talvez, a mais valiosa peça de convicção judicial. Esteve em contato frontal com o agente e, ao se dispor a reconhecê-lo, ostenta condição qualificada a contribuir com o juízo na realização do justo concreto"* (TACRIM-SP - AC nº 1.036.841-3 - Rel. Renato Nalini).

No mesmo sentido vem se manifestando o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Processual penal. *Habeas corpus*. Roubo circunstanciado. Condenação. Provas colhidas unicamente na fase inquisitorial. Reconhecimento pessoal. Ratificação de depoimento em juízo. Palavra da vítima. Relevância. Contato direto com o agente criminoso. Prisão em flagrante. Policiais militares. Meio de prova idôneo. Ordem denegada. - Não há falar em prova colhida unicamente no curso do Inquérito Policial quando feito o reconhecimento pessoal do paciente na fase pré-processual e ratificado pelas vítimas em juízo. - *In casu*, o reconhecimento pessoal do paciente não ocorreu na fase processual diante do seu não comparecimento à audiência. - A palavra da vítima, nos crimes às ocultas, em especial, tem relevância na formação da convicção do Juiz sentenciante, dado o contato direto que trava com o agente criminoso. - A prisão em flagrante do paciente pelos milicianos na posse do bem subtraído robustece a certeza da autoria do delito. - Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo ser utilizado como meio probatório válido para fundamentar a condenação. - Ordem denegada (STJ - HC nº 143681/SP, *Habeas Corpus* nº 2009/0148625-4 - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. 5ª Turma, j. em 15.06.2010, p. em 02.08.2010).

A corroborar a autoria delitiva, temos o depoimento do Policial Militar A.A.S., que presenciou o reconhecimento feito pelas vítimas, bem como a confissão do acusado (f. 02/03).

Assim, por todos os abundantes elementos probatórios aqui demonstrados, impossível se afigura o acolhimento da tese absolutória, sustentada pela defesa.

Não há como acolher, também, o pedido de desclassificação do fato para o delito de furto.

Isso, porque o arcabouço probatório é constituído de provas suficientes de que o autor, realmente, tentou praticar o crime patrimonial mediante grave ameaça à pessoa, conforme se percebe dos depoimentos acima mencionados.

In casu, ressai claro que o acusado abordou as vítimas e anunciou o assalto, bem como simulou estar armado, caracterizando, portanto, a "grave ameaça", elementar do crime de roubo.

Ressalto que a simples atemorização das vítimas com simulação do emprego de arma de fogo, em que pese não ser suficiente para configurar a majorante, diante da ausência de incremento no risco ao bem jurídico tutelado, é apta para caracterizar a grave ameaça.

Por oportuno, sobre a "grave ameaça" elemento caracterizador do crime de roubo, trago os ensinamentos de Rogério Sanches Cunha:

> A grave ameaça consiste na intimidação, isto é, coação psicológica, promessa direta ou indireta, implícita ou explícita, de castigo ou de malefício. A sua análise foge da esfera física para atuar no platô da atividade mental. [...]. Grave ameaça na lição de Bento De Faria, "é toda coerção de ordem subjetiva que se exerce sobre alguém para passividade diante da subtração de que é vítima; é a pressão moral realizada pelo medo ou pelo terror sobre o ânimo da vítima". (op. cit. v. 4, p. 56) (CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal*, Parte Especial. 3. ed, RT, p. 142).

No mesmo sentido, são os ensinamentos de Júlio Fabrinni Mirabete: *"Ameaça, denominada também violência moral (vis compulsiva ou vis animo illata), é a promessa da pratica de um mal a alguém, dependente da vontade do agente, perturbando-lhe a liberdade psíquica e a tranquilidade"* (MIRABETE, Júlio Fabrinni. *Manual de direito penal*. 22. ed., São Paulo: Atlas, p. 53).

No caso em tela, a subtração antecedida de anúncio explícito de que se tratava de um assalto, bem como o ato de esconder a mão por dentro do moletom, simulando o emprego de arma de fogo, impedem a desclassificação da conduta para o crime de furto.

Sobre o tema, eis a jurisprudência deste e. Tribunal de Justiça:

> Se o agente utiliza ameaça, causando no espírito da vítima temor de um mal grave, resta inviabilizado o pleito de desclassificação para furto, vez que a ação foi suficientemente idônea para caracterizar a grave ameaça, pois além de incutir medo, diminuiu ou eliminou a sua capacidade de resistência (Apelação Criminal nº 1.0027.05.079510-6.002. Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, j. em 09.12.2008).
>
> Apelação criminal. Roubo. Grave ameaça. Caracterização. Insignificância da res. Desclassificação. Inviabilidade. Tentativa. Não ocorrência. - No crime de roubo, o anúncio de assalto configura grave ameaça já que realizado no intuito de conseguir subtrair a coisa e anular a capacidade de resistência da vítima. Inexiste falar em desclassificação do crime de roubo pelo simples fato de o objeto ter sido pequena monta em dinheiro, não se aplicando o princípio da insignificância ao crime de roubo mesmo que ínfimo o valor do bem, que não se harmoniza quando o delito é praticado com violência e/ou grave ameaça. Para a consumação do crime de roubo basta que o agente subtraia da vítima, mediante violência ou grave ameaça, o bem desejado, sendo que no exato instante em que o roubador inverte a posse da res, tem-se por consumado o delito de roubo, ainda que ele seja capturado momentos após o crime (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.14.164754-5/001, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, 4ª Câmara Criminal, j. em 23.11.2016, p. em 30.11.2016).

Não há, portanto, que se falar em desclassificação da conduta para o crime de furto.

Noutro giro, não merece guarida o pleito defensivo de reconhecimento de crime único, afastando-se a aplicação do concurso formal.

Isso, porque conforme se depreende dos autos, o acusado abordou as vítimas M. C.M.S., F.A.S., R.M.M. e C.M.M. e tentou subtrair o patrimônio destas.

Nesse contexto, dúvida não há de que o apelante, mediante uma ação, tentou praticar quatro delitos idênticos, conforme dispõe o art. 70 do CP, já que, ao cometer a conduta, visava a atingir o patrimônio de vítimas distintas, não se tratando, portanto, de crime único.

Nesse sentido, é a jurisprudência:

> Apelação criminal. Roubo majorado pelo concurso de agentes. Recursos da defesa e do ministério público. Participação de menor importância. Não configuração. Crime único. Inocorrência. Agravante da reincidência. Reconhecimento. Pena-base. Redução. Não há que se falar em participação de menor importância quando a conduta praticada pelo recorrente é essencial para a consumação do delito praticado em concurso de agentes. Quando o agente, mediante uma só ação, viola o patrimônio de várias vítimas, correto o reconhecimento do concurso formal, não havendo que se falar em crime único. Ainda que conste na Certidão Cartorária de um dos agentes a informação de que a condenação anterior foi baixada em virtude de "Anistia/Indulto", se inexiste dúvida de que a extinção da pena se deu em virtude do indulto, haja vista o fato de que o crime pelo qual o apelante foi anteriormente condenado jamais foi objeto de anistia, deve ser reconhecida em seu desfavor a agravante da reincidência. Contatando-se equívocos na análise de uma circunstância judicial, impõe-se a adequação da pena (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.15.184401-6/001, Rel.ª Des.ª Maria Luíza de Marilac, 3ª Câmara Criminal, j. em 21.06.2016, p. em 04.07.2016).
>
> Apelação criminal. Roubo majorado pelo emprego de arma e em concurso de pessoas. Afastamento do concurso formal. Reconhecimento do crime único. Impossibilidade. Uma só ação resultando ofensa a bens jurídicos de vítimas diferentes. Tendo havido subtração de bens tanto do estabelecimento comercial quanto da proprietária, em um mesmo contexto fático e mediante uma só ação, não há como decotar o concurso formal de crimes e reconhecer o crime único, pois houve lesão a patrimônios distintos (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.14.071449-4/001, Rel. Des. Flávio Leite, 1ª Câmara Criminal, j. em 31.05.2016, p. em 10.06.2016).
>
> O que permite a distinção entre concurso formal e crime único, quando numa só ação vêm a ser lesadas diversas vítimas, é a inexistência de patrimônios diversos, pois, em se tratando de bens pertencentes conjuntamente a várias pessoas, ou mesmo sendo de vários proprietários, estando na posse de uma só pessoa, verifica-se uma só violação da norma (TACRIM- SP- Rev. Rel. Luiz Betanho - Bol. IBCCrim 14/42).

Assim, tendo o apelante tentado atingir patrimônios distintos com uma ação apenas, mantenho o reconhecimento do concurso formal entre os crimes de roubo, tal como lançado na sentença.

No mais, não qualquer reparo a ser feito no que tange às penas fixadas ao apelante, as quais restaram concretizadas, após o concurso formal, em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e 28 (vinte e oito) dias-multa, no mínimo legal, encontrando-se prejudicado o pedido de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, uma vez que já foi aplicada na sentença. Saliento, entretanto, que, nos termos da Súmula nº 231 do STJ, *"a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"*.

Do mesmo modo, também se encontra prejudicado o pleito defensivo de concessão da justiça gratuita, uma vez que tal benefício foi conferido ao apelante na sentença (f. 93-v.).

Mediante tais considerações, rejeito a preliminar suscitada e nego provimento ao recurso, mantendo todos os termos r. sentença fustigada.

Custas suspensas, na forma da sentença (f. 93-v.).

Na oportunidade, arbitro os honorários advocatícios em favor da nobre causídica, Dr.ª Kelliny Gomes da Silva, OAB/MG nº 125.506, em R$500,49 (quinhentos reais e quarenta e nove centavos), pelas razões recursais apresentadas.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SÁLVIO CHAVES E PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR SUSCITADA E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Porte ilegal de arma de fogo com numeração raspada - Preliminar - Nulidade da sentença - Solução meritória favorável vislumbrada - Rejeição - Mérito - Absolvição - Impossibilidade - Delito de perigo abstrato - Conduta típica - Excludente de culpabilidade - Inexigibilidade de conduta diversa - Inocorrência - Prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa - Reconhecimento - Punibilidade - Extinta.

- Vislumbrando-se que a decisão de mérito será mais benéfica ao condenado, a alegação de nulidade da sentença pode ser afastada nos termos do art. 282, § 2º, do CPC c.c. art. 3º do CPP.

- O delito de posse ilegal de arma de fogo com numeração raspada é de perigo abstrato, não sendo exigível, pois, a efetiva lesão a um bem jurídico ou a existência de risco real e concreto, vez que a segurança pública e a paz social já se mostram ameaçadas tão somente pela prática da conduta proscrita perpetrada.

- A inexigibilidade de conduta diversa, enquanto excludente de culpabilidade, só deve ser reconhecida quando verificada a presença de obstáculo externo e intransponível que impossibilita o agente de se comportar de acordo com a lei diante de determinada situação.

- Inexistindo recurso ministerial, e considerando que os fatos se deram antes da entrada em vigor da Lei nº 12.234/10, deve ser declarada extinta a punibilidade do agente se, entre a data do fato e do recebimento da denúncia, tiver transcorrido lapso temporal suficiente para a ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0480.12.006952-5/001 - Comarca de Patos de Minas - Apelante: J.C.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. HENRIQUE ABI-ACKEL TORRES.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 3 de dezembro de 2020. - *Henrique Abi-Ackel Torres* - Relator.

Voto

DES. HENRIQUE ABI-ACKEL TORRES - Trata-se de apelação criminal, interposta por J.C.S. contra a respeitável sentença de f. 225/228-v., proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal

e da Infância e da Juventude da Comarca de Patos de Minas/MG que, julgando procedentes os pedidos iniciais, o condenou nas disposições do art. 16, parágrafo único, da Lei nº 10.826/03 a uma pena de 3 (três) anos de reclusão, no regime aberto, além de 10 (dez) dias-multa, no mínimo valor unitário.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, sendo concedido ao apelante o direito de recorrer em liberdade.

Narra a exordial de f. 01D/01D-v. que, no dia 18.06.2009, por volta das 11h, na Fazenda XXXX XXXXXX, zona rural, em São Gonçalo do Abaeté/MG, o denunciado possuía, no interior de sua propriedade rural, 1 (uma) arma de fogo, tipo carabina, marca Rossi, calibre .38, com número de série raspado, em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A denúncia foi recebida em 17.08.2017, f. 32.

Concluída a instrução criminal, foi proferida a respeitável sentença de f. 225/228-v. publicada em 14.10.2019.

Inconformada, a defesa interpôs recurso à f. 231 e, em posteriores razões de f. 251/265, pediu, preliminarmente, a nulidade da sentença por ausência de análise de tese defensiva.

No mérito, pleiteou a absolvição do apelante por atipicidade da conduta ou inexigibilidade de conduta diversa.

Subsidiariamente, pugnou pela desclassificação da conduta imputada a ele para aquela prevista no art. 12 da Lei nº 10.826/03.

Por fim, pediu o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Contrarrazões ministeriais às f. 269/270-v. pelo provimento do apelo, para que seja reconhecida a prescrição.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, à f. 272, opinou pelo parcial provimento do recurso, para que seja declarada extinta a punibilidade pela prescrição.

É o breve relatório.

Admissibilidade.

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

Preliminar.

Pugna o apelante, preliminarmente, pela nulidade da respeitável sentença, sustentando que o édito condenatório deixou de analisar todas as teses aventadas em sede de alegações finais.

Apesar dos judiciosos argumentos defensivos, verifico que, no mérito, a decisão será mais benéfica ao apelante, razão pela qual é possível a aplicação subsidiária do art. 282, § 2º, do CPC c.c. art. 3º do CPP.

Nesse sentido:

> Mesmo que se considerem procedentes as alegações preliminares de nulidade do processo, tais pleitos não devem ser acolhidos, tendo em vista que, no mérito, a decisão será benéfica à parte pretensamente prejudicada pela suposta irregularidade (aplicação subsidiária do art. 282, § 2º, do CPC, autorizada pelo art. 3º do CPP) (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0647.17.000588-6/001, Rel. Des. Eduardo Brum, 4ª Câmara Criminal, j. em 19.08.2020, p. em 25.08.2020).

Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta (Art. 282, § 2º, do CPC) (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0392.16.002131-8/001, Rel. Des.ª Beatriz Pinheiro Caires, 2ª Câmara Criminal, j. em 22.11.2018, p. em 03.12.2018).

Com essas considerações, rejeito a preliminar.

Mérito.

Inicialmente, anoto que inexiste irresignação defensiva sobre a materialidade e autoria delitivas, até porque tais aspectos da condenação restaram devidamente comprovados pelo boletim de ocorrência de f. 03/05, auto de apreensão de f. 06 e laudo pericial de eficiência em arma de fogo de f. 08 - que atestou que a arma possuía número de série raspado e que era apta a efetuar disparos -, além das provas orais.

Dos pedidos absolutórios.

A defesa alega que a arma foi encontrada desmuniciada, o que acarretaria a atipicidade da conduta, na medida em que o meio é inviável para lesionar a objetividade jurídica tutelada pelos dispositivos da Lei nº 10.826/03.

Contudo, não lhe assiste razão.

Isso porque os delitos de posse irregular e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido são de perigo abstrato, não sendo exigível, pois, a efetiva lesão a um bem jurídico ou a existência de risco real e concreto, vez que a segurança pública e a paz social já se mostram ameaçadas tão somente pela prática da conduta proscrita, sendo irrelevante o fato de a arma encontrar-se sem munições.

É esse o entendimento sedimentado por este egrégio Tribunal de Justiça, em consonância com precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Vejamos:

> Apelação criminal. Delito de porte ilícito de arma de fogo. Arma desmuniciada e desmontada. Aticipidade da conduta. Impossibilidade. Trabalhador rural. Pena restritiva de direitos. Modificação. Inviabilidade. O delito de portar arma de fogo sem autorização legal é crime de perigo abstrato ou presumido, pouco importando se a arma está desmuniciada ou desmontada. As medidas restritivas de direitos fixadas em substituição à sanção corporal são de natureza penal, exigindo esforço do condenado em seu

> cumprimento, não cabendo ao réu escolher qual pena prefere cumprir (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0384.13.006168-0/001, Rel. Des. Beatriz Pinheiro Caires, 2ª Câmara Criminal, j. em 20.02.2020, p. em 28.02.2020).
>
> Apelação criminal. Posse irregular de arma de fogo. Delito de perigo abstrato. Conduta lesiva à incolumidade pública. Condenação mantida. O crime de posse irregular de arma de fogo, classificado como de mera conduta, dispensa, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico. Dotada de perigo abstrato, a conduta de possuir arma de fogo em situação irregular, nada importando se desmuniciada, desmontada, estragada ou ineficiente para produzir disparos, revela-se lesiva ao bem jurídico tutelado pela norma penal que a incrimina, revestindo-se, pois, de tipicidade penal (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0431.16.002710-5/001, Rel. Des. Fortuna Grion, 3ª Câmara Criminal, j. em 28.01.2020, p. em 07.02.2020).

A defesa pleiteia, outrossim, a absolvição do apelante por inexigibilidade de conduta diversa.

Contudo, mais uma vez, não lhe assiste razão.

Como é sabido, a inexigibilidade de conduta diversa, enquanto excludente de culpabilidade, pressupõe a presença de obstáculo externo e intransponível que impossibilita o agente de se comportar de acordo com a lei diante de determinada situação.

No caso, o fato de a fazenda do apelante já ter sido alvo de crime patrimonial não lhe dá o permissivo de contrariar o conteúdo da norma penal incriminadora, afinal, ele poderia ter providenciado, junto à autoridade competente, a devida autorização legal para o porte, além do indispensável registro do armamento, tornando lícita sua conduta

Nesse mesmo sentido já decidiu este egrégio TJMG:

> Apelação criminal. Posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Absolvição por inexigibilidade de conduta diversa. Impossibilidade. Inexistência de causas de justificação. - Impossível o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa, como causa supra legal de exclusão da culpabilidade, se o agente não estava sujeito a constrangimento insuperável. - O fato do acusado se sentir ameaçado por morar na zona rural, não autoriza a posse da arma de fogo, sobretudo porque tal conduta viola o desarmamento buscado pela Lei nº 10.826/03. - Não se incumbindo a Defesa de fazer qualquer prova excludente de culpabilidade, cujo ônus, por força do art. 156 do Código de Processo Penal, era exclusivamente seu, prevalece a responsabilidade do réu (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0016.16.001688-3/001, Rel. Des. Marcílio Eustáquio Santos, 7ª Câmara Criminal, j. em 18.03.2020, p. em 23.04.2020).

Assim, havendo prova da materialidade e autoria delitivas, e inexistindo causas excludentes da tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, mantenho a condenação de J.C.S.

Da extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição retroativa.

Malgrado a defesa tenha pleiteado a desclassificação da conduta imputada ao apelante, inverto a ordem de análise dos pedidos remanescentes, por verificar a ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva - pedido mais favorável.

Cumpre salientar que o fato criminoso se deu em 18.06.2009, portanto, em momento anterior à vigência da Lei nº 12.234, promulgada em 05.05.2010, que alterou a redação do § 1º e revogou o § 2º, ambos, do art. 110 do CP, que permitiam que a contagem do lapso prescricional retroativo tivesse como termo inicial data anterior ao recebimento da denúncia.

Ademais, considerando que o Ministério Público não interpôs recurso, deve ser aplicado, ao caso, a disposição do art. 110, § 1º, do CP, segundo o qual, após a sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, a prescrição regula-se pela pena aplicada.

No caso, o apelante foi condenado, pela prática do crime tipificado no art. 16, parágrafo único, da Lei nº 10.826/03, a uma reprimenda de 3 (três) anos de reclusão, razão pela qual vigora o prazo prescricional de 8 (oito) anos, nos termos do art. 109, IV do CP.

Assim, tendo em vista que, entre a data do cometimento do fato (18.06.2009, f. 01D/01D-v.) e a do recebimento da denúncia (17.08.2017, f. 32), transcorreu tempo suficiente para se operar a prescrição da pretensão punitiva estatal, declaro extinta a punibilidade do apelante, na forma dos arts. 107, inciso IV; 109, IV; e 110, § 1º e § 2º (antiga redação), todos do CP.

Por fim, as penas restritivas de direitos e de multa também se encontram prescritas, pois sujeitas ao mesmo prazo da reprimenda privativa de liberdade, nos termos dos arts. 109, parágrafo único, e 114, II, ambos, do CP.

Resta prejudicada a análise do pedido remanescente.

Dispositivo.

Diante do exposto, rejeito a preliminar e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso para declarar extinta a punibilidade de J.C.S. pela ocorrência prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal, nos termos dos arts. 107 inciso IV; 109, IV, e parágrafo único; 110, § 1º e § 2º (antiga redação); e 114, II, todos do CP, e art. 61 do CPP.

Não há necessidade da expedição de alvará de soltura em favor do apelante, uma vez que lhe foi concedido o direito de recorrer em liberdade, encontrando-se solto por este processo.

Sem custas.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Márcia Milanez e Dirceu Walace Baroni.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Criminal - Júri - Homicídio qualificado - Preliminares - Entrega aos jurados de degravação particular - Acareação entre testemunha compromissada e não compromissada - Deficiência na quesitação - Interrupção da manifestação da defesa por mal estar de jurado - Nulidades - Inocorrência.

- Não tendo a defesa se oposto à entrega, pelo órgão acusatório, durante a Sessão Plenária, de documento aos jurados e à testemunha, documento este juntado aos autos com observância do prazo previsto no art. 479 do Código de Processo Penal, não há que se falar em nulidade.

- A acareação é disciplinada pelos arts. 229 e 230 do Código de Processo Penal, os quais não obstam a acareação de testemunha não compromissada ou a colocação dos acareados frente a frente, tampouco exigem a colocação deles na frente do Juiz-Presidente.

- Eventual deficiência na formulação dos quesitos deve ser arguída tão logo seja feita a sua leitura em Plenário pelo Juiz-Presidente, após o que restará ela preclusa nos termos do disposto no art. 484 do Código de Processo Penal.

- Se as interrupções geradas por mal-estar sofrido por jurado alcançaram tanto a defesa, quanto a acusação, não há que se falar em nulidade, máxime se as partes não protestaram no momento oportuno, tampouco apontaram qualquer prejuízo concreto advindo de tais interrupções.

Mérito - Cassação do veredicto - Imperatividade - Decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

- Se o veredicto popular estiver divorciado do contexto probatório, deve ser ele cassado, por manifestamente contrário à prova dos autos.

- A condenação criminal embasada exclusivamente em suposições, sem prova sequer indireta da autoria delitiva, é manifestamente contrária à prova dos autos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.15.007165-5/009 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: A.B.S., A.B.J. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de dezembro de 2020. - *Júlio Cezar Guttierrez* - Relator.

Voto

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - A.B.S., A.B.J., F.T.S., e M.A.O., vulgo "Kamuanga", todos qualificados nos autos, foram denunciados como incursos nas iras do art. 121, § 2º, incisos II, III e IV, do Código Penal, porque, na madrugada de 16.11.2014, entre 2h00min e 03h00min, eles teriam, agindo em unidade de desígnios e com *animus necandi*, e mediante asfixia por afogamento, ceifado a vida de M.G.R..

O crime teria sido motivado por uma tentativa frustrada da vítima de acertar um dos denunciados com um soco, e teria sido praticado com o emprego de recurso que dificultou a sua defesa, diante da superioridade numérica e de forças dos réus.

Após pronúncia (f. 946/955) e julgamento pelo Tribunal do Júri (f. 2.358/2.361), foi exarada sentença às f. 2.370/2.372, absolvendo M.A.O. da imputação contida na denúncia nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, desclassificando a conduta relativa a F.T.S. para aquela prevista no art. 121, § 3º, do Código Penal e condenando A.B.S. e A.B.J. como incursos nas iras do art. 121, § 2º, incisos II, III e IV, do Código Penal.

Foi infligida a F. a pena de 02 (dois) anos de detenção, a serem cumpridos no regime aberto, substituída a sanção corporal por duas penas restritivas de direito consistentes em prestação de serviços à comunidade e interdição temporária de direitos, e a A. e a A. as penas de 18 (dezoito) anos de reclusão para cada um, a serem cumpridos no regime fechado, negados os benefícios da substituição da pena ou do *sursis*.

Da referida decisão somente recorreram as defesas de A.B.S. e de A.B.J. (f. 2.381).

Suscitaram os seus defensores, por meio das razões recursais de f. 2.414/2.527, preliminares de nulidade da sessão plenária do Tribunal do Júri, 1) seja por entrega, aos jurados, de degravação particular extraída de mídia não juntada aos autos dentro do prazo previsto no art. 479 do Código de Processo Penal; 2) seja por irregularidade na acareação realizada durante o julgamento, entre testemunha compromissada e outra não compromissada; 3) seja por deficiência na quesitação; 4) seja por prejuízo ocasionado à defesa pelo fato de um dos jurados ter se sentido mal durante os debates.

No mérito, pleiteiam a cassação da decisão sob a alegação de ser ela manifestamente contrária à prova dos autos ou, subsidiariamente, a redução das penas impostas.

Em contrarrazões, a acusação pugna pelo não provimento do apelo (f. 2.530/2.546), ao que aquiesceu a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer da lavra do i. Procurador de Justiça Gilberto Augusto de Mendonça (f. 2.547).

É o relatório, em síntese.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Há quatro preliminares a ser examinadas, o que passo a fazer.

Sustenta a defesa a ocorrência de nulidades durante a sessão plenária do Tribunal do Júri, decorrentes de "entrega, aos jurados, de degravação particular extraída de mídia não juntada aos autos" (f. 2.425), de "irregularidade na acareação entre a testemunha N.G.S.R. (mãe da vítima) e a testemunha H.B.R." (f. 2.430), de "quesitação deficiente que não trouxeram (sic) todas as teses exatas esposada pelos apelantes" (f. 2.434) e de "graves prejuízos para a defesa" ocasionados pela "não dissolução do Conselho de Sentença e interrupção da manifestação da defesa dos apelantes em tréplica", diante de mal estar sentido por jurado em duas oportunidades (f. 2.445).

Analiso cada arguição em tópico separado.

- Da nulidade por entrega, aos jurados, de degravação particular extraída de mídia não juntada aos autos dentro do prazo previsto no art. 479 do Código De Processo Penal.

A defesa sustenta a ocorrência de nulidade decorrente do fato de ter, o órgão acusatório, apresentado ao Conselho de Sentença, durante o julgamento, degravação sem a observância do prazo previsto no art. 479 do Código de Processo Penal.

Razão não lhe assiste.

Da análise atenta dos autos, verifico que o documento entregue aos jurados consiste na degravação da conversa constante do *pen drive* que foi trazido aos autos na data de 10.03.2016, juntamente com a denúncia (f. 380), estando acautelado, desde então, no cofre da secretaria do Juízo consoante certidão de f. 536, estando, portanto, ao dispor da defesa de todos os réus ao longo de toda a instrução probatória.

Tal *pen drive* foi submetido à perícia pelo Instituto de Criminalística, que elaborou o laudo de f. 601/603 com a transcrição resumida da conversa ali contida (f. 601/603), a qual foi devidamente disponibilizada às partes na data de 01.04.2016 (f. 697).

Posteriormente, o Ministério Público requereu ao Juízo a juntada aos autos dos documentos de f. 2.134/2.141 "para a utilização na sessão agendada" (f. 2.133), consistindo tais documentos na transcrição integral da conversa contida na referida mídia, a qual teria sido copiada e entregue à empresa privada especializada. Tal juntada se deu na data de 12.08.2019, consoante chancela de protocolo, sendo que a sessão plenária se realizou na data de 23.08.2019 (ata de f. 2.358/2.361), tendo sido respeitado, pois, ao contrário do alegado, o prazo previsto no art. 479 do Código de Processo Penal.

A defesa sustenta que essa degravação particular não teria sido extraída do *pen drive* que se encontra acautelado no cofre da secretaria, mas de mídia diversa, não juntada aos autos, o que inquinaria de vício a prova.

O MM. Juiz Presidente, contudo, a despeito de fazer constar na Ata da Sessão de Julgamento que, de fato, a mídia levada à degravação particular pelo Ministério Público não teria sido acostada aos autos, na mesma toada esclareceu que tal mídia se tratava de "cópia" da mídia acautelada, bem como que as defesas não se opuseram à entrega da degravação particular ao Conselho de Sentença, o que faz cair por terra a alegação de nulidade, confira-se:

> Durante o depoimento da testemunha N.G.S.R. foi entregue aos Senhores Jurados, sem posição das partes (sic), bem como à testemunha, uma cópia da degravação acostada pelo Ministério Público às f. 2134/2141, degravação esta feita a partir de cópia de *pen drive* acostado aos autos por ocasião do oferecimento da denúncia, conforme manifestação Ministerial de f. 380, datada de 10.03.2016 e acautelado na Secretaria deste Juízo conforme certidão de f. 536, datada de 11.03.2016. A cópia da mídia levada à degravação pelo Ministério Público em Curitiba não foi acostada aos autos (Ata da Sessão de Julgamento, f. 2.359).

Registre-se que a ata foi devidamente assinada pelo douto advogado que ora interpõe o presente recurso, suscitando a nulidade.

Assim, se a degravação foi feita a partir de cópia do *pen drive* acautelado no Juízo, não tendo o Juiz-Presidente entregado ao órgão acusatório a própria mídia para perícia particular, tal se deu, obviamente, por zelo e prudência do Juízo, visando a preservação da prova.

Ademais, ao se comparar os trechos da transcrição resumida da perícia oficial de f. 601/603 com a transcrição integral da perícia particular de f. 2.134/2.141, verifica-se a correspondência de conteúdo relativamente a cada trecho transcrito, denotando tratar-se, de fato, de mídias idênticas, não tendo as defesas se desincumbido do ônus de apontar uma única divergência ou contradição entre os dois documentos a torná-los suspeitos ou pouco críveis.

Do exposto, rejeito a primeira preliminar.

- Da irregularidade na acareação entre a testemunha N.G.S.R. (mãe da vítima) e a testemunha H.B.R.

Traz a defesa, como segunda preliminar, a ocorrência de nulidade decorrente da acareação realizada entre a testemunha N.G.S.R., mãe da vítima, e a testemunha H.B.R.

Alega não somente que aquela teria sido a primeira a ser ouvida, tendo, logo após, sido dispensada pelas partes e passado a "acompanhar todo o julgamento em Plenário, logo em sua primeira fila, acompanhando o depoimento de todas as demais testemunhas, tanto de acusação como de defesa" (f. 2.430), não podendo, ao final, ser novamente ouvida, como ainda se trataria de testemunha não compromissada em acareação com testemunha compromissada, e que o ato não teria observado as formalidades exigidas pelo art. 229 do Código de Processo Penal, "no tocante à determinação de exposição aos acareados dos pontos controvertidos, também à circunstância de serem colocados 'cara a cara' e não na frente do Juiz-Presidente, gerou prejuízo à defesa" (f. 2.359-v).

Inicialmente ressalto que a acareação é disciplinada pelos arts. 229 e 230 do Código de Processo Penal que reza que:

> CAPÍTULO VIII.
>
> DA ACAREAÇÃO.
>
> Art. 229. A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem,

> em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.
>
> Parágrafo único. Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação.
>
> Art. 230. Se ausente alguma testemunha, cujas declarações divirjam das de outra, que esteja presente, a esta se darão a conhecer os pontos da divergência, consignando-se no auto o que explicar ou observar. Se subsistir a discordância, expedir-se-á precatória à autoridade do lugar onde resida a testemunha ausente, transcrevendo-se as declarações desta e as da testemunha presente, nos pontos em que divergirem, bem como o texto do referido auto, a fim de que se complete a diligência, ouvindo-se a testemunha ausente, pela mesma forma estabelecida para a testemunha presente. Esta diligência só se realizará quando não importe demora prejudicial ao processo e o juiz a entenda conveniente.

Da leitura atenta dos referidos dispositivos, não se divisa nenhum óbice à acareação de testemunha não compromissada, menos ainda quanto à proibição de colocação dos acareados "frente a frente" ou à exigência de colocação deles na frente do Juiz-Presidente.

Outrossim, não merece guarida a alegação de não se ter exposto aos acareados os pontos controvertidos, já que se extrai da simples audição da mídia juntada às f. 2.364, que o MM. Juiz-Presidente devida e claramente expôs os pontos controversos e a razão da realização da acareação, tendo o feito no lapso compreendido entre o tempo de 1min20s até 03min15seg do arquivo intitulado "Acareação entre N.G.S.R. e H.S.B.R.", na referida mídia.

Foi oportunizado a todas as defesas, ao Ministério Público, ao Assistente de Acusação e aos senhores jurados, fazerem reperguntas aos acareados nos termos do que determina o p. único do art. 229 do Codex Processual, sendo que a redução do ato de acareação a termo é dispensável uma vez que foi todo ele gravado em mídia audiovisual.

Foram devidamente observadas, pois, todas as formalidades exigidas pelo legislador.

Quanto à alegação de que a testemunha N.G.S.R. teria acompanhado "todo o julgamento em Plenário, logo em sua primeira fila, acompanhando o depoimento de todas as demais testemunhas, tanto de acusação como de defesa" (f. 2.430), inclusive do acareado H.B.R., não podendo, ao final, ser novamente ouvida, mais uma vez o Juiz-Presidente, dos 00min57s aos 01min16s da mídia, esclareceu que "este Juízo confirma que N. acompanhou todos os depoimentos tanto ontem quanto hoje, com exceção do de H. que, ao ser ingressado neste salão, foi retirada por minha determinação".

Pela mídia se verifica que, após tal esclarecimento ter sido feito, nenhum dos advogados de defesa protestou contra ele, tendo sido dado início ao ato de acareação, donde se denota que, de fato, a testemunha N.G.S.R., embora tenha supostamente permanecido em Plenário durante parte da oitiva das demais testemunhas, não ouviu o depoimento prestado pelo outro acareado, tendo sido retirada do salão do Tribunal do Júri por ordem do Júri-Presidente antes de H. ser ouvido.

Ora, se as duas testemunhas acareadas não assistiram o depoimento uma da outra, não se vislumbra a ocorrência de nulidade - ou sequer irregularidade - por "quebra de comunicabilidade

de testemunha", não sendo demais frisar que o instituto da quebra de comunicabilidade é afeto, tão-somente, ao Conselho de Sentença, e não às testemunhas.

Rejeito, pois, a segunda preliminar.

- Da quesitação deficiente.

Ainda em sede de preliminar a defesa alega ter ocorrido nulidade decorrente de vício de quesitação por "omissão de quesito obrigatório" (f. 2434).

A irresignação não merece guarida.

Não consta na ata da sessão plenária que a defesa tenha se insurgido a tempo e a modo contra a formulação dos quesitos. Ao contrário, consta expressamente que, explicados e apresentados os quesitos em Plenário, o juiz consultou, individualmente, as defesas, bem como o Ministério Público e o Assistente de Acusação, e todos se declararam estar satisfeitos com a redação dos quesitos, declarando nada terem a reclamar (f. 2360), sendo de se ressaltar que a alegação da defesa, de que teria protestado na sala secreta, além de intempestiva, não restou sequer comprovada nos autos.

E não se diga que se trataria de quesito obrigatório, o que afastaria a necessidade de protesto por se tratar de uma nulidade absoluta.

Com efeito, o § 4º do art. 483 do Código de Processo Penal dispõe que, sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, como no caso do homicídio culposo, deve ser obrigatoriamente formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, conforme o caso.

Ocorre que, na hipótese vertente, nos termos do que foi lavrado na Ata da Sessão Plenária, assinada por todos os advogados de defesa, não foi sustentada a tese desclassificatória relativamente aos ora apelantes A.B.J. e A.B.S., mas apenas relativamente ao corréu F.T.S., tendo, quanto a este, sido devidamente quesitada a tese de homicídio culposo.

Relativamente aos ora apelantes restou expressamente consignado que:

> Foi dada a palavra à defesa dos réus, que sustentaram a tese de negativa de materialidade em relação ao primeiro quesito, acidentalidade, para os réus A.B.S., A.B.J. e M.A.O. (f. 2359-v).

Assim, não tendo sido sustentada a ocorrência de homicídio culposo, não era mesmo de ser quesitada a tese desclassificatória.

Não é demais frisar que a tese da acidentalidade ou do caso fortuito não se confunde com a tese de desclassificação da conduta para o crime de homicídio culposo. Enquanto esta última é de quesitação obrigatória, nos termos do já mencionado § 4º do art. 483 do Código de Processo Penal, aquela não enseja quesito específico. Resolve-se o caso no 2º quesito, quando os jurados, já tendo reconhecido a materialidade delitiva, decidem sobre a autoria. Com efeito, uma vez reconhecida a

autoria delitiva, estabelece-se a voluntariedade do comportamento do réu, afastando-se a hipótese de se tratar de mero acidente ou caso fortuito, em que inexiste a voluntariedade.

Do exposto, não há vício se a tese não quesitada não foi sustentada em plenário.

Da mesma forma, não foi lavrado qualquer protesto quanto ao fato de o nome dos réus não constar de cada quesito distintamente, tendo a irresignação também sido fulminada pela preclusão.

Ainda que tivesse sido protestado, não seria o caso de se reconhecer nenhum vício, uma vez que cada réu foi julgado individualmente, tendo restado claro aos jurados sobre quem eles estavam respondendo os quesitos. Constou em ata, às f. 2360-v, que, mesmo em relação ao quesito da materialidade, o qual o digno Juiz-Presidente entendia ser desnecessário quesitar individualmente em relação a cada um dos réus, ele o fez individualmente, submetendo cada um aos senhores jurados.

Assim, a ausência do nome dos réus em cada quesito, individualmente, não retirou a clareza de sua redação, não tendo induzido os jurados a erro ou prejudicado a precisão de suas respostas, já que eles sabiam exatamente qual réu estavam julgando, não havendo que se falar em nulidade absoluta ou relativa.

Sabido que nos termos do disposto nos arts. 484, 571, inciso VIII, e 572, todos do Código de Processo Penal, o momento próprio para se questionar a formulação dos quesitos é logo após a sua leitura e explicação aos jurados pelo Juiz-Presidente.

Conforme norma do referido art. 484, após a leitura dos quesitos, o presidente indagará das partes se têm requerimento ou reclamação a fazer. Em havendo, deverão eles, bem como a decisão, constar da ata de audiência. Não sendo feito qualquer protesto neste momento processual, opera-se a preclusão.

Neste sentido é a lição de Nucci:

> O momento processual adequado para questionar a forma, a ordem, o modo e o conteúdo das indagações redigidas pelo magistrado, é logo após a sua leitura e explicação em plenário. Do contrário, silenciando, haverá preclusão, não mais podendo alegar qualquer nulidade a parte que deixou transcorrer sem qualquer protesto esse instante (NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do júri. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 221).

Na hipótese dos autos, constou expressamente da Ata da Sessão do Tribunal do Júri de f. 232/233 que, depois de lidos os quesitos, foi explicada ao Conselho de Sentença a significação legal de cada um deles e indagado das partes se tinham qualquer requerimento ou reclamação a fazer, tendo os jurados respondido que se sentiam habilitados a votar e não tendo as partes formulado, na oportunidade, nenhum requerimento, tampouco se insurgido contra os quesitos elaborados pelo Juiz-Presidente.

Vê-se, pois, que a defesa concordou com os quesitos formulados, não podendo agora se valer de um recurso de apelação criminal para voltar a discutir questão já preclusa, não havendo espaço,

portanto, para qualquer discussão acerca da quesitação, não sendo demais lembrar que o mesmo advogado que ora subscreve as razões de apelação estava presente à sessão plenária, tendo devidamente assinado a Ata da Sessão.

Rejeito, assim, a terceira preliminar suscitada pela defesa.

- Da interrupção dos debates por mal estar sentido por jurado.

Rejeito, por derradeiro, a preliminar de cerceamento de defesa por interrupção dos debates por mal-estar sentido, por duas vezes, por um dos jurados.

Consoante asseverado pelo culto Promotor de Justiça, as interrupções geraram efeitos tanto para a defesa quanto para a acusação, não tendo os nobres advogados se desincumbido do ônus de apontar qualquer prejuízo concreto advindo de tais interrupções.

Ademais, o digno Juiz-Presidente diligentemente interrompeu a sessão plenária ao perceber a impossibilidade de continuação do julgamento diante do mal-estar sofrido pelo jurado, tendo a reiniciado após o seu restabelecimento, fielmente observando o tempo de debates das partes a fim de não gerar prejuízos para nenhuma delas.

De se registrar, outrossim, que, embora tenha constado em Ata o fato de o jurado ter se sentido mal e a sessão ter sido interrompida, nenhum protesto defensivo foi assinalado quanto a tal fato e providência, restando fulminada pela preclusão, pois, qualquer alegação posterior de nulidade.

Rejeito, com tais considerações, a quarta e última preliminar, passando à análise do mérito recursal.

No mérito, batem-se as defesas pela cassação do veredicto popular sob a alegação de ser ele manifestamente contrário à prova dos autos. Sustentam que "a materialidade e a autoria do crime imputado aos apelantes A. e A. não restam (sic) demonstradas pelo conjunto probatório acostado aos autos, sobretudo pelos depoimentos colhidos ao longo da persecução e pelos laudos periciais" (f. 2.451), pelo que pugnam sejam eles submetidos a novo julgamento.

Subsidiariamente rogam pela redução das penas impostas.

Razão assiste aos combativos defensores no que tange o pleito principal.

Com efeito, da análise atenta dos autos verifico que tanto na fase inquisitorial, quanto em juízo e em Plenário, foi produzido um vasto acervo probatório, não tendo sido produzida, contudo, nenhuma prova que efetivamente demonstre que o resultado morte tenha sido provocado pelos apelantes.

Foram ouvidas, perante a autoridade policial, as testemunhas V.D.B. (f. 13), L.G.R. (f. 20/21), C.A.R. (f. 22/23), N.G.S.R. (f. 24 e 146), G.S.S. (f. 25/26 e 256/257), O.L.S.F. (f. 40 e 218), E.A.M. (f. 41), M.V.S.V. (f. 42 e 242/243), D.O.S. (f. 43/44 e 244/245), J.D.G. (f. 50 e 246), M.A.O. (f. 52), P.R.S. (f. 54/55), J.E.S. (f. 56), N.R.S. (f. 57), E.J.S. (f. 58), C.A.A. (f. 59), I.T.L. (f. 60 e 240/241), P.R.P. (f. 69), D.A. (f. 70), W.F. (f. 71/72), A.S.G. (f. 78/80), E.D.M.J. (f. 87/89), M.S.M.R. (f. 90/92), J.S.M. (f. 93/94), D.C.M.S. (f. 147), M.D.F. (f. 148/149), C.S.C.M. (f. 151), A.F.M. (f. 152/153), A.C.O. (f. 154),

H.B.R. (f. 155/156 e 217), J.A.L. (f. 207), T.M.P. (f. 208), F.C.C.N. (f. 215), W.D.M.S. (f. 258/259), G.R.J. (f. 268/270) e A.M.S. (f. 273/275), além de interrogados os quatro acusados F.T.S., A.B.S., A.B.J. e M.A.O. (f. 14/1; 16/17; 18 e 81/83).

De relevo salientar que, na fase inquisitorial foram realizadas várias acareações, dados os desencontros de informações (f. 157; f. 220/221; f. 233/239; f. 246/255; f. 265/267e f. 271/272).

Em juízo foram reinquiridos L.G.R. (f. 700/701), G.S.S. (f. 702), J.D.G. (f. 725), P.R.S. (f. 703), W.F. (f. 704), M.S.M.R. (f. 717), C.S.C.M. (f. 705), A.F.M. (f. 719), H.B.R. (f. 706) e A.M.S. (f. 707).

Ainda em juízo foram ouvidas novas testemunhas, sendo elas D.L.A. (f. 708), A.S. (f. 709), S.S.A. (f. 710), D.L.D. (f. 711), J.C.P. (f. 712), M.V.C. (f. 713/714), L.R.L. (f. 715), A.C.V.C. (f. 716) e A.A.M. (f. 718), e novamente interrogados os quatro acusados F.T.S., A.B.S., A.B.J. e M.A.O. (f. 723/724; 722; 721 e 720).

Em Plenário foram ouvidas as testemunhas D.L.A., E.A.M., G.S.S., H.B.R., M.S.M.R., O.L.S.F., A. F.M., A.M.S., C.S.C.M., F.P.L., L.G.R., M.V.C.A., N.G.S.R., P.R.S., R.R.R., W.F., P.R.S. e S.S.A. e interrogados novamente os réus, tendo sido realizada nova acareação entre as testemunhas N.G.S.R. e H.B.R. e complementada a oitiva da testemunha S.S.A. a pedido dela, com a aquiescência das partes e autorização do juízo (mídia de f. 2.364).

Foi devidamente periciado o cadáver (necropsia de f. 61/62, complementada às f. 145), feito o levantamento de local do crime (f. 192/200, complementado às f. 22/230) e a reconstituição dos fatos (f. 347/376), bem como degravada e transcrita uma conversa entabulada entre as testemunhas H.B.R. e os pais da vítima (transcrição resumida da conversa feita pelo Instituto de Criminalística - f. 601/603; transcrição integral da conversa feita por empresa privada especializada - f. 2.134/2.141).

A.B.J. e A.B.S., ora apelantes, negaram veementemente a autoria delitiva em todas as vezes em que foram interrogados (f. 18, 721 e mídia de f. 2.364; f. 16/17, 722 e mídia de f. 2.364). Os demais acusados F.T.S. e M.A.O. também negaram a autoria delitiva não somente relativamente a eles, quanto em relação aos ora apelantes (f. 14/15, 723/724 e mídia de f. 2.364; f. 81/83, 720 e mídia de f. 2.364).

Nenhuma das testemunhas ouvidas efetivamente presenciou o crime, não obstante o enorme número de testemunhas ouvidas.

Os apelantes foram pronunciados porque, consoante confessado por eles próprios e confirmado pelos demais acusados, imediatamente após a vítima deixar a boate, eles saíram em perseguição a ela, tendo sido vistos a alcançando pelas testemunhas H.B.R. e W.F. (f. 603 e 704) e, momentos depois, voltando sozinhos para a boate, após passarem um tempo olhando para o interior da mata existente nas proximidades do estabelecimento noturno (f. 603), mata esta onde o corpo da vítima foi posteriormente encontrado.

Também o irmão da vítima, L.G.R., afirmou ter ouvido de um dos apelantes que ele teria "dado um susto em seu irmão" (f. 700/701), o que confirma as declarações de H. de que os apelantes teriam alcançado a vítima e contrasta com a negativa deles de que sequer a teriam tocado.

Tais indícios de autoria bastaram para pronunciar A.B.J. e A.B.S. A partir daí incumbia ao órgão acusatório, durante o julgamento em Plenário, transformar tais indícios em elementos de prova para que os réus fossem condenados pelo Conselho de Sentença, enquanto as defesas deveriam se incumbir de desconstitui-los, visando a absolvição de seus assistidos.

Ocorre que, a meu ver, a despeito de o órgão acusatório não ter se desincumbido de seu ônus, não tendo conseguido provar aos jurados que A. e A. efetivamente mataram a vítima, bem como a despeito de as defesas, ao contrário, terem conseguido desconstituir os indícios que pesavam contra os seus assistidos, mormente diante dos testemunhos prestados pela perita S.S.A., bem como pelo depoimento prestado por H.B.R., dando conta de que a mãe da vítima teria deturpado as suas palavras, não tendo ele dito o que constava nos autos, o Conselho de Sentença os condenou.

Fato é que, ao final, não foi produzida pela acusação nenhuma evidência de autoria, a qual, após a pronúncia, ainda poderia ter sido produzida em Plenário. Nenhuma das inúmeras testemunhas ouvidas viu os réus sequer entrando na mata onde a vítima adentrou em desabalada carreira, havendo relatos apenas de que eles a perseguiram enquanto estavam na rua pavimentada. H., a principal testemunha da acusação, sem mudar a versão dos fatos, esclareceu em Plenário os pontos de suas declarações anteriores, o que favoreceu as defesas as quais, lado outro, trouxeram provas de que o local onde o corpo da vítima foi encontrado era de difícil acesso, principalmente à noite, não sendo possível que os apelantes tivessem conseguido chegar até lá e voltar à boate em tão pouco tempo e sem se sujarem, já que na noite dos fatos o local estava molhado e enlameado por chuva. Também em Plenário restou esclarecido de forma técnica, pelo depoimento prestado pela perita ouvida, que a vítima chegou ao ponto da mata onde foi encontrada morta por suas próprias pernas, não tendo sido carregada ou puxada por outrem.

Vê-se, assim que, de fato, a condenação de A.B.J. e A.B.S., no presente feito, fulcrou-se unicamente em suposições de que eles possam ter matado a vítima, e não em evidências de autoria produzidas ao longo da instrução criminal.

Conquanto haja mesmo indícios, os quais possuem inquestionável valor para deflagrar uma ação penal, bem como para ensejar a pronúncia dos acusados, tal valor somente pode servir como substrato condenatório se embasado em outros elementos de prova, o que não ocorreu na hipótese vertente, podendo a morte da vítima ter se dado, consoante asseverado pelos defensores, de forma acidental, após ela ter se desvencilhado dos seguranças e se embrenhado sozinha pela mata densa.

Destarte, ao acolher a tese da autoria delitiva com base em mera presunção, simplesmente por ter a vítima sido perseguida pelos apelantes até determinado ponto, ainda que alcançada, não se sabendo, contudo, o que aconteceu então, a opção dos jurados se dissociou do cotejo probatório, extrapolando os limites da razoabilidade e não podendo ser aceita como uma opção plausível ou disponível dentre as versões apresentadas nos autos. A versão acatada pelo Conselho de Sentença para condenar A. e A. pela morte da vítima não encontra amparo no conjunto probatório produzido, mostrando-se, pois, manifestamente contrária à prova dos autos.

Como é sabido, embora seja medida de exceção, a legislação processual penal brasileira autoriza a cassação de uma decisão soberana do Júri e a submissão do acusado a novo julgamento popular quando aquele veredito seja manifestamente contrário à prova dos autos, ou seja, quando houver patente *error in judicando* por parte do Conselho de Sentença, sendo a decisão dele emanada absurda, arbitrária, escandalosa e totalmente dissociada do contexto probatório.

Pacelli e Fischer, em obra conjunta, ressaltam a necessidade de se ter extremo cuidado nas hipóteses de recursos contra decisões do Júri, já que a apelação, de que trata o art. 593 do Código de Processo Penal, "não pode servir como supedâneo para alterar toda e qualquer decisão dos jurados, que, como referido, tem sua soberania garantida constitucionalmente" (PACELLI, Eugênio ; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência, 10 ed., São Paulo: Atlas, 2018). Asseveram, no entanto, ser a medida excepcional aplicável àquelas situações absolutamente incontestáveis, nas quais ela destoa de toda a prova existente nos autos, ou seja, quando "a conclusão a que chegar o conselho não tiver amparo razoável em nenhuma prova colacionada aos autos" (*Ibid.*).

Segundo os autores,

> não se poderá pleitear a nulificação do que decidido pelo Júri se houver nos autos provas que amparem tanto a condenação quanto a absolvição. Nesse caso, não se está diante de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, mas unicamente de adoção pelo Júri (pelo seu livre convencimento, sequer motivado - uma exceção ao art. 93, IX, CF/88) de uma das teses amparada por prova presentes nos autos. Nessas situações, não de se falar em admissibilidade do recurso de apelação forte no art. 593, III, d, CPP. (*Ibid.*, p. 1.231).

No mesmo sentido é a lição de Tourinho Filho, confira-se:

> É imperioso, contudo, esteja a decisão de todo dissociada das provas dos autos. A lei diz: manifestamente contra a prova dos autos. É preciso que a decisão dos jurados derive do acervo probatório. Exige-se que a decisão dos jurados não encontre arrimo em alguma prova. Afinal de contas, os jurados têm inteira liberdade de julgar, e essa liberdade lhes confere o direito de optar por uma das versões. Se a sua decisão é estribada em alguma prova, não se pode dizer ser ela manifestamente contrária ao apurado no corpo do processo (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 2. p. 354/355).

Também Aury Lopes Jr. salienta que a opção dos jurados por uma das vertentes de provas existente nos autos, ainda que não seja a mais plausível, não autoriza a cassação da decisão. Contudo, a decisão popular que não esteja amparada em uma "perspectiva probatória possível" enseja a submissão do réu a novo Júri, senão vejamos:

> Não basta que a decisão seja apenas contrária à prova dos autos; ela deve ser, evidentemente, inequivocamente contrária à prova. A soberania das decisões do Júri impede que o tribunal considere que os jurados não optaram pela melhor decisão, entre as duas possíveis. Não lhe cabe fazer esse controle.

> Apenas quando uma decisão não for, desde uma perspectiva probatória, possível, é que está o tribunal autorizado a cassar a decisão do Júri, determinando a realização de um novo julgamento (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1.039).

Vê-se, assim, que, embora excepcional, a decisão proferida pelo Conselho de Sentença pode ser cassada quando em descompasso com o contexto probatório produzido, não se encontrando amparada em nenhum elemento de prova constante dos autos. O veredicto do Tribunal Popular deve ser acatado apenas quando respaldado em uma das versões apresentadas e que reflita, em si, uma interpretação plausível dos fatos a partir de critérios racionais. Sendo ela manifestamente contrária à prova dos autos, deve ser cassada e novo julgamento realizado.

E, na hipótese vertente, após muito compulsar os autos, percebo que, a partir dos elementos de convicção ora apresentados, a decisão condenatória emanada do Conselho de Sentença contempla esta hipótese de exceção, não havendo plausibilidade na condenação de A.B.J. e A.B.S., uma vez que ela não se lastreou em nenhuma evidência probatória, resultando, assim, em um julgamento arbitrário, o qual deve ser recebido como manifestamente contrário à prova dos autos e, consequentemente, anulado.

Conquanto seja certo que os jurados votam os quesitos soberanamente, de acordo com a sua própria consciência, na avaliação subjetiva que fazem dos debates e das provas apresentadas, para que seja legítima a decisão deve se filiar à versão contida nas provas dos autos, e não em uma criação mental deles acerca do que pode ter acontecido naquela fatídica noite após os seguranças, ora apelantes, saírem em perseguição à vítima.

Destarte, verificando que o Júri decidiu em dissonância com o conjunto probatório colacionado aos autos, não vislumbro outra solução senão cassar o julgamento, determinando-se a realização de um novo Júri.

Por todo o exposto, dou parcial provimento ao recurso para cassar o julgamento, determinado a submissão de A.B.J. e A.B.S. a novo Júri em face do crime supostamente perpetrado contra a vítima M.G.R., julgando prejudicado o pleito subsidiário de redução das penas impostas.

Custas na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Doorgal Borges de Andrada e Corrêa Camargo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Furto qualificado na forma tentada e ameaça - Absolvição do delito patrimonial por atipicidade material da conduta - Princípio da insignificância - Impossibilidade - Elevado grau de reprovabilidade - Condenação mantida - Redução da pena-base - Cabimento - Quantidade de exasperação da reprimenda - Discricionariedade vinculada do julgador - Tentativa - Aplicação da fração intermediária - Viabilidade - *Iter criminis* razoavelmente percorrido - Continuidade delitiva entre os crimes de ameaça - Necessidade - Sentença que incorreu em *reformatio in pejus i*ndireta - Vício sanável nesta instância revisora - Recurso parcialmente provido.

- Considerando o elevado grau de reprovabilidade do comportamento, diante da reincidência específica do apelante, somada ao fato de que ele se encontrava em cumprimento de pena quando cometeu o furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e pela escalada, incabível a aplicação do princípio da insignificância.

- A exasperação da pena-base não obedece a uma padronização, cabendo ao julgador, em livre convencimento motivado, promover o aumento em patamar necessário à reprovação e prevenção do delito.

- A fração de diminuição pela tentativa deve ser fixada com base no percurso trilhado pelo réu, de tal modo que a aplicação da fração intermediária de 1/2 (meio) se justifica quando o caminho houver sido razoavelmente percorrido.

- Verificado que a sentença condenatória incorreu em *reformatio in pejus* indireta, impõe-se o saneamento do vício por esta instância revisora, em atenção aos princípios da economia processual e razoável duração do processo.

Apelação Criminal nº 1.0183.18.008694-8/002 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - APELANTE: M.M.O. - Apelado: Ministério Público Do Estado de Minas Gerais. – Relator: Des. Glauco Fernandes.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 22 de outubro de 2020. - *Glauco Fernandes*. – Relator.

Voto

DES. GLAUCO FERNANDES - Trata-se de apelação criminal, interposta por M.M.O., em face da r. sentença de primeiro grau (f. 188/193), proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Conselheiro Lafaiete, que o condenou pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, incisos I e II, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal, em concurso material com o crime disposto no art. 147 do Código Penal, por duas vezes impondo-lhe pena total de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 04 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa, no valor mínimo legal.

Nas razões recursais de f. 197/202, a Defesa pugna pela absolvição do delito patrimonial por atipicidade da conduta, aduzindo a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância e, subsidiariamente, almeja a redução da pena-base e aplicação da fração referente à tentativa em 1/2 (meio). Quanto aos crimes de ameaça, pleiteia pela redução da pena-base e pelo reconhecimento da continuidade delitiva. Ao final, requer a isenção das custas processuais.

Contrarrazões às f. 204/208, pela redução da pena-base e reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de ameaça.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 215/222, opina pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, apenas para que seja aplicada a regra da continuidade delitiva entre os crimes de ameaça.

Esse, em síntese, é o Relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Mérito

Narra a denúncia que:

> "[...] Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, na tarde de 23 de Setembro de 2018, o denunciado, por 03 (três) vezes, sendo uma delas mediante escalada e outra mediante destruição de obstáculo, iniciou a subtração de bens que lhe interessava de uma residência situada na localidade de Buarque de Macedo, zona rural deste município, somente não logrando êxito em concluir o seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.
>
> Certo é que, por volta das 14:00 horas, M., com *animus furandi* e sabendo que os moradores haviam se ausentado do local, dirigiu-se à residência situada na Rua XXXXXX, zona rural de Buarque de Macedo, onde pulou o portão tendo acesso ao imóvel. No local pegou uma gaiola com dois pássaros e colocou sobre o muro no intuito de subtraí-los. Todavia, com a aproximação de vizinhos, teve que evadir-se sem nada levar.
>
> Pouco mais tarde, sabendo que ainda não havia ninguém no local, retornou à referida residência, onde, a fim de adentrar em seu interior, quebrou a janela do banheiro. Contudo, além de se ferir com o vidro da janela, foi novamente interrompido pelos vizinhos, dali empreendendo fuga.

> Não bastasse, em terceira tentativa de subtrair objetos, M. retornou novamente ao local. Todavia, quando tentava entrar no imóvel, deparou-se com seu proprietário [A.P.F.], que havia retornado da roça. Nesse momento, M. preferiu ameaças contra a vítima, dizendo que "era para ela sair para o lado de fora porque iria cortar seu pescoço". No entanto, saiu correndo ao avistar os vizinhos [R.D.F.] e [R.A.F.A.] que estavam ali perto, vindo a proferir ameaças também contra eles, dizendo que "iria buscar um revólver para mostrar para esse povo que roubava. [...] (f. 01d/03d)

Decorrido regularmente o trâmite processual e encerrada a instrução criminal, o réu foi condenado pela prática dos delitos previstos no art. 155, § 4º, incisos I e II, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, e no art. 147 do Código Penal, este último por duas vezes.

Insignificância - Furto

Irresignada, a defesa busca no presente recurso a absolvição do acusado com relação ao delito patrimonial, aduzindo a aplicabilidade do princípio da insignificância.

Entretanto, tendo em vista as circunstâncias do delito de furto imputado e as informações constantes nos autos, entendo que razão não lhe assiste.

De início, cumpre destacar que não há qualquer insurgência quanto à materialidade ou autoria delitiva, que se encontram comprovadas pelo APFD de f. 02/06, boletim de ocorrência de f. 11/14, laudo pericial de f. 93/99, bem como pelos depoimentos colhidos ao longo da instrução.

Quanto ao princípio da insignificância, por inexistir previsão legal, sua aplicação deve ser balizada por vetores decorrentes da evolução doutrinária e jurisprudencial, sendo estes a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão ao bem juridicamente tutelado. Nesse sentido:

> [...] - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. [...] (HC 84412, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 19.10.2004, DJ 19.11.2004, PP-00037 EMENT VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL-00192-03 PP-00963).

E não diferente foi a conclusão do STF no julgamento do Habeas Corpus nº 123.108, em 03.08.2015, oportunidade em que, ressaltada a adequação dos vetores supracitados, foi ainda abordada a possibilidade de reconhecimento da insignificância em casos em que o agente for reincidente, concluin-

do a Corte Superior que tal circunstância, por si só, não é óbice para a aplicação do princípio da bagatela, mas deve ser considerada em conjunto com os requisitos já expostos.

Válido colacionar trecho do acórdão supracitado:

> Penal. Princípio da insignificância. Crime de furto simples. Reincidência. 1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo ("conglobante"), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados [...] (HC 123108, Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 03.08.2015, Processo Eletrônico DJe-018, Divulg. em 29.01.2016, p. em 01.02.2016).

Assim, o que se constata do referido julgamento é que a análise da insignificância deve ser feita de forma ampla, abarcando os vetores já pacíficos na jurisprudência, bem como a valoração acerca das circunstâncias pessoais do agente, que, apesar de não serem determinantes, devem ser consideradas na avaliação da tipicidade da conduta.

Diante do exposto, entendo que não há que se falar na aplicação do princípio da insignificância no caso em apreço. E isso porque, apesar de não ter sido realizado laudo de avaliação, inexistindo assim parâmetro para aferir o valor da res, depreende-se da CAC de f. 39/43 que o apelante, além de ser reincidente específico, possui maus antecedentes e, na época do crime, encontrava-se em cumprimento de pena.

Nesse sentido, de acordo com o entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça, a habitualidade na prática criminosa obsta o reconhecimento do princípio da insignificância. A saber:

> Penal e processo penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Crime de furto. Habitualidade delitiva. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Fundamento inatacado. Aplicação da Súmula 283/STF. Agravo não provido. 1. A jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas do caso, o que não se infere na hipótese em apreço, máxime por se tratar de réu com maus antecedentes. Precedentes. 2. A parte recorrente não refuta um dos argumentos principais apresentado pelo Tribunal a quo para não reconhecer o princípio da insignificância, qual seja: os maus antecedentes do réu. O recurso, portanto, no ponto, encontra óbice na Súmula 283/STF, que assim estabelece: "é inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles." 3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 1517800/TO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 20.02.2020, DJe 28.02.2020).

Logo, considerando o elevado grau de reprovabilidade do comportamento, diante da reincidência específica do apelante, somada ao fato de que ele possui maus antecedentes e se encontrava em cumprimento de pena quando cometeu o furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e pela escalada, incabível a aplicação do princípio da insignificância no presente caso.

Dosimetria

Ultrapassada a controvérsia acerca da tipicidade do delito de furto e, inexistindo insurgência quanto à comprovação da autoria e materialidade dos crimes de ameaça, pugna a defesa pela revisão da reprimenda, para que seja a pena-base reduzida, em razão da desproporcionalidade do aumento, bem como para que a fração referente à tentativa seja majorada para 1/2 (meio) e, por fim, para que seja reconhecida a continuidade delitiva entre os crimes de ameaça.

Razão lhe assiste.

Passo à análise separada de cada infração.

Crime de furto

Observa-se que, na primeira etapa do procedimento trifásico, em razão da correta valoração negativa dos antecedentes do réu, o magistrado *a quo* fixou a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, ou seja, 02 (dois) anos e 20 (vinte) dias-multa acima do mínimo legal.

Acerca da exasperação da pena-base, entendo que compete ao julgador, em atenção às peculiaridades do caso e sob seu livre convencimento motivado, individualizar a aplicação da reprimenda, tudo em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, afastando-se de critérios fechados ou exclusivamente matemáticos. Dessa forma, o aumento da pena, na primeira fase da dosimetria, não obedece a uma padronização, sendo possível o aumento em patamar necessário à reprovação e prevenção do delito. Nesse sentido:

> Apelação criminal. Crimes de homicídio duplamente qualificado tentado e corrupção de menores. Veredicto condenatório. Cassação. Impossibilidade. Pena-base. Redução. Necessidade apenas quanto a um dos crimes. Tentativa. Fração de redução da pena. Aumento. Impossibilidade. [...] 6. A pena-base deve ser fixada em montante suficiente para reprovar e prevenir o crime, de acordo com a análise das circunstâncias judiciais do ar t. 59 do CP, feita segundo critérios concretos e em exame qualitativo, descabendo uma padronização açodada da pena- base, em afronta aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. 7. "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" (STJ - AgRg no HC 422.740/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 04.09.2018, DJe 13.09.2018). [...] (TJMG - Apelação Criminal 1.0145.16.001611-2/003, Relator: Des. Marcílio Eustáquio Santos, 7ª Câmara Criminal, j. em 21.08.2019, p. em 30.08.2019).

Assim, na primeira fase da dosimetria, diante da valoração desfavorável dos antecedentes do réu, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, patamar que julgo adequado e necessário aos fins de reprovação e prevenção do crime.

Em seguida, na segunda fase da dosimetria, ausente circunstância atenuante, mas presente a agravante da reincidência, disposta no art. 61, inciso I, do Código Penal, mantenho o aumento de 1/6 operado na sentença, passando a pena para 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Na terceira fase, inexiste causa de aumento, porém, tem-se a incidência da causa de diminuição referente à tentativa. Nesse ponto, pugna a defesa pela aplicação da fração intermediária de 1/2 (meio), e entendo que com razão.

Como cediço, a figura da tentativa é a realização incompleta do tipo penal, pois o agente pratica atos de execução, mas não ocorre a consumação do delito por circunstâncias alheias à sua vontade. Em razão de seu reconhecimento, a pena pode ser diminuída de um terço a dois terços, sendo que a eleição da fração deve estar relacionada com o *iter criminis* percorrido pelo autor.

Vale dizer, quanto mais o agente se aproxima da consumação do delito, menor deve ser a diminuição da pena.

No caso em análise, as provas produzidas ao longo da instrução demonstram que o *iter criminis* foi razoavelmente percorrido, porquanto o acusado, depois de escalar o muro da propriedade da vítima, chegou a colocar uma gaiola contendo pássaros em cima do muro e, em seguida, quebrou o vidro de um basculante, com a suposta intenção de ingressar no interior da residência, momento em que foi interpelado por vizinhos do ofendido, o que fez com que o acusado abandonasse a empreitada delitiva.

Diante disso, em razão da incidência da causa de diminuição referente à tentativa, majoro a fração aplicada na primeira instância e, com isso, reduzo a pena em 1/2 (meio), restando concretizada a reprimenda para o crime de furto em 01(um) ano, 05 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, mais o pagamento de 06 (seis) dias-multa, no valor mínimo legal.

Crimes de ameaça

Na primeira fase da dosimetria, para cada um dos dois crimes de ameaça, considerando desfavoráveis os antecedentes do réu, o magistrado sentenciante fixou a pena em 02 (dois) meses de detenção, ou seja, um mês acima do mínimo legal.

Consoante argumentado acima, em razão da desproporcionalidade do aumento promovido em primeira instância, mantenho a valoração negativa dos antecedentes do réu, porém reduzo a pena-base, para cada um dos dois crimes de ameaça, para 01 (um) mês e 15 dias (quinze) de detenção, patamar que julgo adequado e necessário aos fins de reprovação e prevenção do crime.

Na segunda fase, ausente circunstância atenuante, mas presente a agravante da reincidência, aumento a pena em 1/6 (um sexto), assim como operado na sentença, passando-a para 01 (um) mês e 22 (vinte e dois) dias de detenção.

Na terceira e última fase, inexistindo causas de aumento ou de diminuição de pena, resta a reprimenda fixada, repito, para cada um dos dois crimes de ameaça, em 01 (um) mês e 22 (vinte e dois) dias de detenção.

No que tange ao pleito de reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de amaça, assim como pontuado pelo Ministério Público, em contrarrazões recursais de f. 204/208 e pela

Procuradoria-Geral de Justiça no parecer de f. 215/222, impõe-se o acolhimento, pois a sentença recorrida incorreu em *reformatio in pejus* indireta.

Explico.

Nota-se que na sentença de f. 113/118, o il. sentenciante aplicou a regra disposta no parágrafo único do art. 71 do Código Penal para os crimes de ameaça. Contudo, após anulação do édito condenatório pelo acórdão de f. 180/183, ao proferir nova sentença, o magistrado *a quo* reconheceu o concurso material entre os três crimes (um de furto e dois de ameaça), o que resultou em situação mais gravosa ao réu.

Afinal, anulada a primeira sentença por recurso exclusivo da defesa, não poderia a nova decisão prejudicar a situação do acusado, em observância, por analogia, ao art. 617 do Código de Processo Penal, que assim dispõe: "Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença".

Destaco, por oportuno, manifestação deste eg. Tribunal sobre o tema:

> Apelação criminal. Tráfico de drogas. Absolvição por falta de provas. Impossibilidade. Associação para o tráfico. Absolvição. Viabilidade. Dosimetria da pena. Reanálise de circunstâncias judiciais. Mácula indevida à conduta social. Decote. Aplicação da minorante inserta no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06. Possibilidade. Requisitos preenchidos. Sentença condenatória que opera *reformatio in pejus* indireta. Pena fixada sem observância ao patamar estabelecido no julgado anteriormente. Retificação da pena. Necessidade. Recurso parcialmente provido. [...] 6. Se a sentença primeiramente proferida na primeira instância é anulada, é vedado, sob pena de infringência ao princípio da reformatio in pejus indireta, que a nova sentença condenatória estabeleça pena superior àquela fixada no julgado anterior anulado (TJMG - Apelação Criminal 1.0016.18.005765-1/002, Relatora: Desª. Kárin Emmerich, 1ª Câmara Criminal, j. em 09.06.2020, p. em 19.06.2020).

Destarte, assim como reconhecida na primeira sentença, considerando que as duas práticas do crime de ameaça ocorreram nas "mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução", torna-se possível a aplicação da regra do crime continuado.

Todavia, tratando-se de crime doloso cometido contra vítimas diferentes e envolvendo grave ameaça, no caso em análise, deve ser aplicada a regra prevista no parágrafo único do art. 71 do Código Penal, denominado pela doutrina como continuidade delitiva específica, em que o aumento fundamenta-se não apenas no número de infrações cometidas, como também nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

Portanto, considerando que as penas aplicadas para cada crime do art. 147 do Código Penal, restaram fixadas, de forma idêntica, em 01 (um) mês e 22 (vinte e dois) dias de detenção, majoro uma delas em 1/2 (meio), fração aplicada em primeira instância e que considero adequada e suficiente, mormente em razão dos antecedentes do acusado, o que resulta em 02 (dois) meses e 18 (dezoito) dias de detenção.

Por último, promovo a soma das penas, nos termos do art. 69 do Código Penal, restando o acusado condenado ao total de 01 (um) ano, 05 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 02 (dois) meses e 18 (dezoito) dias de detenção, mais o pagamento de 06 (seis) dias-multa.

Mantenho o regime semiaberto para o início de cumprimento de pena, tendo em vista o *quantum* da reprimenda imposta e a reincidência do acusado, o que inviabiliza a fixação de regime menos gravoso, nos termos do art. 33, § 2º, "b" e "c", do Código Penal.

Do mesmo modo, preservo afastados os benefícios previstos nos arts. 44 e 77 do Código Penal, por não terem sido preenchidos os requisitos legais.

Da prisão preventiva

Registro a necessidade de manutenção da prisão preventiva do apelante, porquanto persistentes os motivos que ensejaram a segregação cautelar (f. 44/v), fundamentadamente preservada na sentença (f. 193v).

Isenção das custas processuais

Por fim, tendo em vista que o acusado encontra-se assistido pela Defensoria Pública, resta comprovada sua hipossuficiência econômico-financeira, fazendo jus aos benefícios da justiça gratuita.

Assim, nos termos do § 3º do art. 98 da Lei nº 13.105/2015, em consonância, ainda, com o entendimento firmado pelo Órgão Especial deste E. Tribunal, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0647.08.088304-2/002, suspensa a exigibilidade do pagamento das custas pelo prazo de cinco anos.

Conclusão

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena-base, modificar a fração da tentativa e reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de ameaça, restando o apelante condenado ao total 01 (um) ano, 05 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 02 (dois) meses e 18 (dezoito) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 06 (seis) dias-multa.

Mantenho, quanto ao mais, inalterada a r. sentença proferida em primeiro grau.

Custas suspensas.

É como voto.

A prevalecer meu entendimento, comunique-se a presente decisão ao juízo de origem.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Beatriz Pinheiro Caires e Nelson Missias de Morais.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. COMUNICAR.

Apelação criminal - Estatuto da Criança e do Adolescente - Ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas - Concessão de efeito suspensivo - Inviabilidade - abrandamento da medida socioeducativa de internação -Impossibilidade.

Não é recomendável a concessão do efeito suspensivo quando restarem evidenciados o *periculum libertatis* e a necessidade de pronta atuação estatal na tutela do menor. Deve ser mantida a medida socioeducativa de internação quando ela for compatível com as circunstâncias e a gravidade da infração, e com as condições pessoais do adolescente.

Apelação Criminal nº 1.0024.19.012904-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Adolescente em conflito c/lei - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Flávio Batista Leite.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 21 de julho de 2020. - *Flávio Batista Leite*. – Relator.

Voto

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE - Trata-se de apelação, interposta por MVS, que foi representado pela prática do ato infracional análogo ao crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (tráfico de drogas).

A representação narra que:

> [...] Consta dos inclusos autos que, no dia 6/6/2019, às 10:51 horas, na Rua XXXXXXXXX, nesta capital, o representado, agindo em unidade de desígnios com os imputáveis M.A.G., J.H.S. e S.J.V.S., guardava, para fins de mercancia, 22 (vinte e duas) buchas de substância preliminarmente identificada como maconha, com peso bruto de 25,4g, conforme auto de apreensão e laudo de constatação preliminar, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
>
> Apurou-se que, durante operação realizada na 'Vila dos Marmiteiros', policiais militares avistaram o representado e os imputáveis juntos em uma 'boca de fumo', os quais tentavam evadir, mas foram abordados.
>
> Na posse do representado foi apreendida a quantia de R$27,00 (vinte e sete reais), oriunda do tráfico de drogas.
>
> No local onde estavam, escondido em um buraco do muro, foi localizada uma sacola contendo as drogas acima descritas, já doladas, que o representado e os imputáveis guardavam para comercialização.

> Infere-se dos autos que o representado e os imputáveis comercializavam cada bucha da droga por R$5,00 (cinco reais), os quais já possuem passagem por tráfico. (sic, fls. 01R e vº).

A representação foi recebida em 07.06.2019 (f. 23).

Finda a instrução criminal, a juíza julgou procedente a representação e aplicou a MVS a medida socioeducativa de internação pela prática do ato infracional análogo ao crime tráfico de drogas (f. 49/53).

A sentença foi publicada em 21.11.2019 (f. 53-v). Intimações da sentença regulares.

A defesa do representado apelou e, nas razões de f. 62/67, requereu o recebimento da apelação no efeito suspensivo. No mérito, pediu o abrandamento da medida socioeducativa para prestação de serviços à comunidade ou semiliberdade.

O magistrado negou o recebimento da apelação no efeito suspensivo (f. 68 e vº).

Contrarrazões às f. 69/72-v, em que o *Parquet* pugnou pela improcedência do recurso.

A juíza manteve a decisão no juízo de retratação (f. 73).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela improcedência do recurso, mas concordou com recebimento do recurso no efeito suspensivo, com a ressalva de que o representado não ficará em liberdade diante da internação determinada em outro processo (f. 77/78).

Esse é, em síntese, o Relatório. Passo ao voto.

Presentes seus pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso sem efeito suspensivo, pelos motivos expostos pelo juízo *a quo* às f. 51/52, diante da situação de risco em que se encontra o representado, principalmente porque ele "já recebeu oportunidade de ser responsabilizado com as medidas de liberdade assistida, prestação de serviços à comunidade, internação e advertência em sede de remissão".

Abrandamento da medida socioeducativa.

No mérito, não merece guarida o pedido de abrandamento da medida socioeducativa imposta ao adolescente.

O objeto precípuo das medidas socioeducativas, constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente, é a reeducação do menor, de forma a promover sua reintegração à sociedade e não a sua "punição" pelo ato infracional cometido. Não possuem as medidas caráter repressivo, e não cabe nenhuma analogia à sistemática atinente à pena.

Assim, apesar de tanto a pena quanto a medida socioeducativa possuírem alguns pontos em comum, quais sejam caráter retributivo e reeducativo, a intensidade de tais elementos é diferentemente distribuída entre os institutos. Enquanto a pena possui uma carga retributiva maior, a intenção da reeducação é preponderante quando aplicada aos adolescentes infratores.

Alberto Silva Franco e outros, na obra "Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial", Tomo 2, 5.ª edição, Editora RT, ensinam:

> Inegavelmente, em atenção aos próprios fins colimados pela Justiça de Menores, que visam a reeducar e ressocializar o adolescente, não se pode deixar de admitir a incoação do procedimento. Obstar a apuração de atos considerados infracionais (Estatuto, art. 103) imputados a adolescentes, na realidade, não traz qualquer benefício à sociedade e ao próprio adolescente, cujo comportamento se pretende corrigir mediante a aplicação de medidas adequadas a esse fim (FRANCO, Alberto Silva *et al*. Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial. 5 ed. Editora RT, Tomo 2).

Com efeito, longe de ser uma punição, nos moldes existentes na esfera penal, a apuração de ato infracional e a consequente aplicação de medida socioeducativa têm como finalidade proteger o menor e prevenir a prática de novos atos infracionais, dentro de uma política de ressocialização do adolescente infrator.

Diante disso, as medidas restritivas de liberdade (internação e semiliberdade) são regidas pelos princípios da excepcionalidade e, nos termos do art. 122 da Lei nº 8.069/90 (ECA), só podem ser aplicadas em casos excepcionais, quando nenhuma outra medida se revelar adequada à ressocialização do adolescente.

Existem três hipóteses elencadas nesse dispositivo para a imposição de internação: a) "ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa" (inciso I); b) "reiteração no cometimento de outras infrações graves" (inciso II) e c) "descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta" (inciso III).

No presente caso, conforme bem registrou a sentenciante, o representado encontra-se em claro processo de marginalização, de modo a ser inócua a aplicação de medidas socioeducativas em meio aberto.

Ao menor já foram aplicadas as medidas de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, duas medidas de advertência em sede de remissão pela prática de atos infracionais idênticos ao ora apurado (tráfico de drogas) e de ato infracional análogo ao delito de furto (CAM de f. 54/56).

Ademais, depois de ter sido liberado em face desse processo, o representado foi novamente internado diante da prática de novo ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas (em 10.09.2019).

É notório, pois, que o representado se encontra em grave situação de risco e necessita sofrer intervenção estatal eficiente.

Ressalte-se que o fato de o adolescente ter confessado não impõe o abrandamento da medida socioeducativa, pois, pelos motivos expostos, ficou demonstrada a inadequação e insuficiência das medidas em meio aberto.

O tempo de internação provisória também não interfere na escolha da medida, que tem finalidade pedagógica e protetiva e trata-se de instrumento de proteção e assistência ao menor. Assim, verifica-

da a situação de risco em que se encontra o adolescente, a medida de internação é a mais adequada para a prevenção da prática de novos atos infracionais, de reeducação e de ressocialização de MVS.

Dispositivo

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Sem custas, conforme o art. 141 da Lei nº 8.069/1990.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Wanderley Paiva e Kárin Emmerich.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

EMBARGOS INFRINGENTES - VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL - DELITO CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL DE DIREITOS FONOGRÁFICOS - MATERIALIDADE COMPROVADA - ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

- O Superior Tribunal de Justiça, a quem compete por força constitucional uniformizar a jurisprudência e interpretar lei federal de natureza infraconstitucional, firmou que é suficiente para a comprovação da materialidade do delito previsto no artigo 184, § 2º, do Código Penal, a perícia realizada por amostragem, sobre os aspectos externos do material apreendido, sendo desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente. Embargos infringentes rejeitados.

EMB INFRING E DE NULIDADE Nº 1.0056.11.022764-4/002 - Comarca de Barbacena - Embargante: L.L.S. - Embargado: Ministério Público o Estado de Minas Gerais. Relator: DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR OS EMBARGOS INFRINGENTES, por maioria.

Belo Horizonte, 24 de novembro de 2020. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Voto

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Trata-se de Embargos Infringentes, opostos por L.L.S., através da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, em face do acórdão de f. 105/110, que deu provimento ao recurso ministerial para cassar a sentença, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem para o regular processamento da ação penal, vencido o revisor.

Requer a embargante, às f. 113/117, que prevaleça o voto minoritário proferido pelo i. Desembargador Fortuna Grion, mantendo-se a absolvição sumária da embargante diante da ausência da demonstração da materialidade delitiva.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça à f. 125, pelo desprovimento dos embargos infringentes.

A pretensão de absolvição da embargante não merece guarida.

Consta dos autos que foram apreendidos em poder das acusadas, 258 (duzentos e cinquenta e oito) mídias de DVD's e 118 (cento e dezoito) mídias de CD's (f. 24).

Realizada a perícia no material apreendido (f. 27/28), o senhor perito concluiu pela falsidade das mídias, em virtude de haver divergências do material apreendido com as características de fabricação e de segurança comuns aos utilizados no padrão, por confronto.

Registre-se que esta Colenda 3ª Câmara Criminal, ao longo dos anos, adotou o entendimento de que a perícia realizada sobre os aspectos externos leva à incerteza se o material examinado contém ou não gravações caracterizadoras da contrafação.

No entanto, forçoso considerar-se a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, através dos Recursos Especiais nº 1.456.239/MG e 1.485.832/MG, em julgamento de recursos repetitivos (Tema nº 926), firmando que é suficiente para a comprovação da materialidade do delito previsto no artigo 184, § 2º, do Código Penal, a perícia realizada por amostragem, sobre os aspectos externos do material apreendido, sendo desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente.

A matéria foi sumulada, nos seguintes termos:

> Súmula nº 574 (STJ): Para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem.

Dessa maneira, conforme entendimento adotado pelos votos majoritários, "o laudo pericial, nos moldes em que foi elaborado, constitui prova válida da materialidade delitiva, não se devendo falar em absolvição sumária" (f. 107-v).

Ante o exposto, rejeitam-se os embargos infringentes, mantendo-se a cassação da sentença absolutória, determinando-se o retorno dos autos à origem, para o regular prosseguimento da ação penal, conforme fundamentos contidos nos votos majoritários.

Custas na forma da lei.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - De acordo com o Relator.

DES. FORTUNA GRION - Fiel ao posicionamento por mim adotado quando do julgamento da Apelação, em que funcionei como revisor, estou acolhendo os embargos.

DESA. MARIA LUÍZA DE MARILAC - Mantendo-me fiel ao voto por mim proferido por ocasião do julgamento da apelação criminal, acompanho o eminente Relator para também rejeitar os embargos infringentes.

DES. OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM OS EMBARGOS INFRINGENTES, por maioria.

Agravo em execução penal - Falta grave - Preliminar de prescrição - Rejeição - Prazo prescricional de três anos - Análise do art. 109, VI, CP - Mérito - Reconhecimento da falta grave - Impossibilidade – Autoria duvidosa - Recurso não provido.

- Inexistindo previsão legal acerca do prazo prescricional de falta grave, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a utilização do menor prazo dentre os previstos no art. 109 do Código Penal, qual seja, o de três anos para fatos ocorridos após a alteração dada pela Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010, ou de dois anos se a falta tiver ocorrido antes desta data.

- Restando duvidosa a autoria da falta grave, é de rigor seja mantida a decisão que deixou de reconhecer a prática da falta disciplinar.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0231.16.035232-5/001 - Comarca de Ribeirão das Neves - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: J.K.R.Q.J. Relator: DES. EDUARDO MACHADO.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2020. - *Eduardo Machado* - Relator.

Voto

DES. EDUARDO MACHADO - Trata-se de agravo em execução penal, interposto pelo Ministério Público contra a decisão de f. 716/717 do documento único, que deixou de reconhecer a prática de falta grave pelo fato ocorrido no dia 09.12.2019.

Nas razões recursais, às f. 719/724 do documento único, o Órgão Ministerial requer a reforma da decisão a fim de que seja reconhecida a prática da falta grave consistente na posse e guarda de substâncias entorpecentes e aparelhos celulares no interior da cela, entendendo comprovadas a sua materialidade e autoria.

Contrarrazões recursais, às f. 738/748 do documento único, manifestando a defesa, preliminarmente, pela decretação da prescrição da falta disciplinar e pelo não provimento do recurso.

Juízo de retratação à f. 750 do documento único, mantendo a decisão recorrida.

Opina a douta Procuradoria Geral de Justiça, no parecer de f. 768/770 do documento único, pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o breve relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do Agravo em Execução Penal.

A preliminar de prescrição da falta grave imputada ao reeducando, suscitada pela defesa, não merece ser acolhida.

A prescrição é matéria de ordem pública e de interesse social, por isso deve ser tratada por meio de lei em sentido estrito, e não por meio de ato normativo infralegal.

Importante pontuar, ademais, que diante da inexistência de legislação específica quanto ao prazo prescricional para a aplicação da sanção disciplinar, decorrente da falta grave, certo é que a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a utilização do menor prazo dentre os previstos no art. 109 do Código Penal, *in casu*, o de três anos, conforme alteração promovida pela Lei nº 12.234/10, vigente à época do cometimento da aludida falta.

Neste sentido, manifesta-se a recente e reiterada jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Execução penal. Transcurso de mais de 3 anos entre a data da falta e sua homologação. Prescrição da pretensão executória de falta grave. Flagrante constrangimento evidenciado. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício. 1. Diante da hipótese de *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. 2. A jurisprudência desta Corte reconhece a aplicação, por analogia, do prazo prescricional do art. 109, inciso VI, do Código Penal às faltas graves praticadas no curso da execução penal. Desde a publicação da Lei nº 12.234, de 05.05.2010, o referido prazo é de 3 (três) anos. 2. Atribuída falta disciplinar ao paciente em 09.01.2012, somente confirmada em juízo em 18.06.2015, forçoso concluir pela incidência da prescrição, uma vez que não houve nenhuma interrupção do prazo prescricional da falta grave. *Habeas corpus* não conhecido, ordem concedida de ofício para reconhecer a prescrição da falta grave (HC nº 330.824/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 19.04.2016, *DJe* de 28.04.2016).
>
> Processual penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Não cabimento. Nova orientação jurisprudencial. Falta grave. Fuga do estabelecimento prisional. Prazo de prescrição. Aplicação analógica do art. 109, inciso Vi, do Código Penal. Precedentes. *Habeas corpus* não conhecido. 1. A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *Habeas corpus* substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC nº 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* de 11.09.2012; RHC nº 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 01.08.2014 e RHC nº 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, *DJe* de 13.05.2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do *writ* substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC nº 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* de 2/9/2014; HC nº 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* de 28/8/2014; HC nº 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, *DJe* de 04.09.2014 e HC nº

253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* de 04.06.2014). 2. Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de *Habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência à concessão da ordem de ofício. 3. A jurisprudência deste Tribunal entende que a prescrição das faltas disciplinares de natureza grave, diante da ausência de legislação específica, observa por analogia, o menor dos prazos previstos no art. 109 do Código Penal, que é de 3 (três) anos, conforme redação trazida pela Lei nº 12.234/2010. 4. Na espécie, entre a data de recaptura do apenado, 10.12.2014, e a homologação judicial do respectivo procedimento administrativo de apuração, 05.06.2015, não transcorreu lapso temporal superior a 3 (três) anos. *Habeas corpus* não conhecido (HC n° 344.140/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 23.02.2016, *DJe* de 04.03.2016).

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Execução penal. Falta grave. Fuga do estabelecimento prisional. Comutação de penas. Indeferimento. Infração disciplinar. Apuração. Ausência de instauração de processo administrativo disciplinar - PAD. Ilegalidade manifesta. Prescrição. Inocorrência. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. - O Superior Tribunal de Justiça (STJ), seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante ilegalidade. - Após a vigência da Lei n° 12.234/2010, o prazo prescricional para apuração da falta disciplinar será de 3 (três) anos, de acordo com o art. 109, inciso VI, do Código Penal. - No REsp n° 1.378.557/RS, processado sob o rito dos feitos representativos de controvérsia, a Terceira Seção desta Corte Superior decidiu que é imprescindível a instauração de procedimento administrativo disciplinar para o reconhecimento da prática de falta grave no curso da execução penal. - Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para afastar a infração disciplinar em exame, em todos seus consectários, ressalvada a possibilidade de apuração em PAD (HC n° 335.994/RS, Rel. Min. Ericson Maranho [Desembargador Convocado do TJ/SP], Sexta Turma, j. em 23.02.2016, DJe de 03.03.2016).

Penal. Processual penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso. Não cabimento. Execução penal. Falta grave. Prescrição. Aplicação analógica do art. 109, VI, do Código Penal. Constrangimento ilegal evidenciado. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Considera-se o menor prazo prescricional previsto no art. 109, VI, do CP para fins de reconhecimento da prescrição da falta disciplinar no âmbito da execução penal, no caso, dois anos, tendo em vista que ocorrida a infração antes da vigência da Lei n° 12.234/2010, devendo ser contado entre a data do fato e a decisão judicial de homologação do procedimento administrativo disciplinar. 3. Na espécie, o fato gerador da falta grave ocorreu em 05.12.2007, sendo que, segundo se evidencia da decisão singular, não houve a homologação do procedimento administrativo disciplinar no período de dois anos, razão pela qual inexorável o reconhecimento da prescrição da infração disciplinar. 4. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reconhecer a prescrição da falta grave e ainda determinar a exclusão da anotação da sanção disciplinar do prontuário do paciente, afastando os demais efeitos dela decorrentes (HC n° 201.242/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 17.11.2015, *DJe* de 30.11.2015).

Conforme se infere dos autos, no curso da execução penal o reeducando supostamente praticou falta grave em 09.12.2019, não ocorrendo, portanto, o transcurso do prazo prescricional de 03 (três) anos.

Assim, razão não assiste em pugnar pelo reconhecimento da prescrição, motivo pelo qual rejeito a preliminar suscitada pela defesa.

Passo à análise do mérito do recurso.

Como visto, o Ministério Público requer a reforma da decisão a fim de que seja reconhecida a prática da falta grave consistente na posse e guarda de substâncias entorpecentes e aparelhos celulares no interior da cela, entendendo comprovadas a sua materialidade e autoria.

Todavia, razão não assiste ao Órgão Ministerial.

Embora comprovada a materialidade da falta disciplinar, entendo que a autoria não restou indubitavelmente demonstrada nos autos.

Isso, porque os relatos prestados pelos agentes penitenciários se chocam com as declarações do reeducando e com os depoimentos dos demais detentos, todos prestados apenas em sede inquisitorial, especialmente no que diz respeito à descrição fática como se sucedeu a ação de vistoria na cela onde se deu à apreensão das substâncias entorpecentes e dos aparelhos celulares.

Neste sentido são os relatos extrajudiciais dos agentes penitenciários, assim resumidos no Histórico do Comunicado Interno, à f. 678 do documento único.

Relatos esses que não correspondem à dinâmica dos fatos reproduzida pelo reeducando e pelos demais detentos, também colhidos apenas extrajudicialmente, reproduzidos em parte abaixo:

Feitas tais considerações, diante da incompatibilidade das versões, entendo duvidosa a posse e guarda das substâncias entorpecentes e dos celulares apreendidos por parte do reeducando, conforme bem decidido pelo MM. Juiz *a quo*, sendo de rigor a manutenção da decisão que deixou de reconhecer a prática da falta grave.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo *in totum* a decisão hostilizada.

Custas na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Júlio César Lorens e Marcos Padula

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Habeas Corpus - Tráfico de drogas - Excesso de prazo - Não configuração - Instrução criminal já encerrada - Covid-19 - Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça - Portaria conjunta nº 19/PR-TJMG/2020 - Inaplicabilidade no caso concreto - Justiça gratuita - Descabimento - Denegação da ordem.

- Nos termos da Súmula nº 52 do Superior Tribunal de Justiça, com o encerramento da instrução criminal fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo. Embora não se ignore a situação sensível propiciada pela transmissão alarmante do covid-19, a necessidade do resguardo da ordem pública autoriza a manutenção da segregação cautelar. A ação de *habeas corpus* é gratuita, nos termos do art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal, tornando-se descabido o pedido de concessão da assistência judiciaria.

***HABEAS CORPUS* CRIMINAL Nº 1.0000.20.065760-9/000 - Comarca de Patrocínio - Paciente: S.C.P. - Autoridade Coatora: Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Patrocínio/MG - Relator: DES. ANACLETO RODRIGUES.**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 2 de julho de 2020. - *Anacleto Rodrigues* - Relator.

Voto

DES. ANACLETO RODRIGUES - Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor da Paciente S.C.P. (Inicial - Ordem 1, acompanhada de documentos - Ordem 2), alegando constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Patrocínio/MG.

Narra o advogado impetrante que a paciente está presa preventivamente desde o dia 16.08.2019 e até a presente data não ocorreu o seu julgamento.

Alega que a paciente se encontra presa além do prazo previsto em lei. Aduz que a denunciada é portadora de doença cardíaca crônica e, portanto, faz parte do grupo de risco do covid-19, motivo pelo qual requer a concessão da prisão domiciliar, com base em atos normativos publicados em face do surto, ou a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Pugna pela concessão da assistência judiciária.

Por tais motivos, requer o deferimento da liminar, para relaxar a prisão da paciente, com a consequente expedição de alvará de soltura. Pleiteia que, ao final, a ordem seja concedida de forma definitiva.

A liminar restou indeferida (Ordem 3).

A digna autoridade apontada como coatora apresentou documentos (Ordem 5, f. 3/10 e Ordens 6/8) e prestou as seguintes informações:

> Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor da paciente S.C.P., a qual foi presa em flagrante, junto com outros indivíduos, na data de 15.08.2019 pela prática, em tese, do delito capitulado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, tendo sido a prisão em flagrante convertida em preventiva para garantia da ordem pública.
>
> A denúncia foi oferecida no dia 07.10.2019 e recebida em 10.10.2019, oportunidade em que determinada a notificação da paciente para que apresentasse defesa prévia.
>
> No dia 04.11.2019 foi apresentada defesa prévia.
>
> Na data de 08.11.2019 foi designada audiência de instrução e julgamento para o dia 11.12.2019.
>
> Nos dias 17.12.2019 e 13.01.2020 foram apresentadas alegações finais pela acusação e pela defesa, respectivamente.
>
> Em 04.02.2020 foi convertido o julgamento em diligência, oficiando-se às Secretarias de Segurança Pública de Pernambuco - PE e da Bahia - BA, bem como às Comarcas de Jataúba - PE e Cafarnaum - BA para remessa de FAC's e CAC's em nome da paciente e dos corréus.
>
> Em 03.04.2020 foi indeferido o pedido de relaxamento da prisão da paciente.
>
> No dia 22.04.2020 vieram os autos conclusos para julgamento.
>
> Somente na data de 15.05.2020 foi prolatada a sentença condenatória em razão do acúmulo de serviço.
>
> Em 12.05.2020 foi indeferido o pedido de prisão domiciliar da paciente.
>
> O feito encontra-se aguardando o integral cumprimento da sentença condenatória (Ordem 5, f. 1/2).

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer opinando pela denegação da ordem (Ordem 9).

É o relatório.

Passo ao voto.

Excesso de prazo

Busca o impetrante, por meio do presente remédio constitucional, a liberação imediata da paciente com fundamento no excesso de prazo para formação da culpa.

Alega que a denunciada está presa desde o dia 16.08.2019, há 9 (nove) meses, sem justificativa razoável, restando configurado o constrangimento ilegal apto a dar ensejo ao relaxamento da prisão.

Contudo, após detido exame dos autos, entendo que a pretensão inicial não deve prosperar.

Através da manifestação do ilustre magistrado *a quo* denota-se que a instrução criminal já está encerrada (Ordem 5, f. 1/2), tendo sido proferida sentença condenatória na data de 15.05.2020 (Ordens 6/7 e Ordem 8, f. 1/6).

In casu, deve ser observado o disposto na Súmula nº 52 do Superior Tribunal de Justiça, que assim estabelece: *"Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo"*.

De acordo com a referida súmula, somente se fala em excesso de prazo para formação da culpa antes de encerrada a instrução.

Tal entendimento vem sendo adotado de forma reiterada por este Eg. Tribunal de Justiça:

> *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Excesso de prazo. Não configuração. Complexidade do feito. Instrução finda. Constrangimento ilegal não caracterizado. - Os prazos designados para a instrução criminal servem somente como parâmetros gerais. O reconhecimento do constrangimento ilegal por excesso de prazo deve sempre ser norteado pelo princípio da razoabilidade. - Encerrada a instrução criminal, dentro de prazo razoável, restando pendente, tão somente, a prolação de nova decisão de pronúncia, resta superada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa (TJMG - *Habeas Corpus* Criminal nº 1.0000.19.067588-4/000, Rel. Des. Cássio Salomé. 7ª Câmara Criminal, j. em 03.07.2019, *DJe* de 03.07.2019).
>
> *Habeas corpus*. Homicídio. Excesso de prazo para a formação da culpa. Instrução finda. Constrangimento ilegal não constatado. Ordem denegada. - Não se justifica a concessão de relaxamento de prisão por excesso de prazo na formação da culpa quando a instrução criminal encontra-se encerrada. - Ordem denegada. (TJMG - *Habeas Corpus* Criminal nº 1.0000.19.053379-4/000. Rel. Des. Doorgal Borges de Andrada, 4ª Câmara Criminal, j. em 10.07.2019, *DJe* de 11.07.2019).

Logo, como no caso em análise já ocorreu o encerramento da instrução criminal, tendo inclusive sido proferida sentença condenatória estabelecendo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, não há como ser acolhido o pedido de relaxamento.

Prisão domiciliar.

A pretensão de colocação da paciente em prisão domiciliar foi indeferida pela digna autoridade apontada como coatora sob os seguintes fundamentos.

> [...] Examinando os autos, verifico estarem presentes os requisitos para manutenção da prisão preventiva.
>
> É consabida a situação emergencial sanitária do coronavírus em nosso país. Também é sabido o poder de transmissão de tal vírus, contudo, este fato não pode servir de motivo para interrupção desmedida de prisões provisórias e definitivas, exigindo do magistrado muita cautela ante os diversos pontos envolvidos e consequências.
>
> Assim, em que pese a situação alegada, o fato é que não se pode com isso deferir medidas como prisão domiciliar generalizada desprovidas de motivos plausíveis sob pena de se instalar o caos em sociedade e

> subversão. Como sabiamente registrou o parquet, as consequências seriam o sentimento de impunidade social, baseado na autorresponsabilidade do agraciado que já se furtou uma vez dela.
>
> Além disso, ainda que a requerente pertença ao grupo de risco do covid-19, não há comprovação de que esta unidade prisional deixou de adotar todas as medidas do protocolo do Ministério da Saúde, muito pelo contrário, medidas estão sendo tomadas diariamente para se resguardar o isolamento e risco de transmissão do famigerado vírus na Penitenciaria local.
>
> Outro ponto a se considerar, é que conceder a medida pleiteada a detentos provisórios, significaria expor a risco a integridade social pela inserção prematura do custodiado que tenha praticado crime grave ou reincidentes, gerando uma situação de pânico e insegurança na sociedade que já está bastante fragilizada em razão da pandemia.
>
> Registro que, apesar da recomendação presente na Portaria Conjunta nº 19/PR-TJMG/2020, ao magistrado cabe a análise do caso concreto, da peculiaridade da doença e situações locais, sob pena de se prejudicar uma sociedade inteira em prol de um indivíduo que não está sob risco iminente.
>
> Por fim, há de se considerar que colocar em liberdade a requerente, poderia criar ainda mais risco ao mesmo, já que é na sociedade que o vírus está a circular sem possibilidade de se cercar de cuidados como está providenciando a administração penitenciária local em conjunto a Secretaria Municipal e Estadual de Saúde.
>
> Por tais razões, INDEFIRO o pedido de PRISÃO DOMICILIAR da requerente (Ordem 8, f. 7/8).

Insurge-se o impetrante em face dessa decisão sob o fundamento de que a acautelada é portadora de doença cardíaca crônica e, portanto, faz parte do grupo de risco de contaminação pelo covid-19, devendo ser colocada em prisão domiciliar.

Razão, contudo, não lhe assiste.

Isso, porque foram adotadas medidas para resguardar o isolamento e afastar o risco de transmissão do coronavírus na penitenciaria onde está recolhida a paciente, conforme noticiou o i. magistrado *a quo* em sua decisão.

Ademais, verifica-se que a sentenciada está recebendo cuidados médicos e vem fazendo uso do medicamento indicado para o controle de sua hipertensão (Ordem 2).

Desse modo, como não foi comprovado que o estabelecimento prisional está com ocupação superior à sua capacidade, ou mesmo que o local não dispõe de equipe de saúde apta a lidar com a pandemia ou com a enfermidade que acomete a acautelada, a denegação do pedido de colocação em prisão domiciliar é medida que se impõe.

Embora não se ignore a situação sensível propiciada pela transmissão alarmante do covid-19, não se vislumbra, na hipótese dos autos, motivos aptos a justificar a concessão do *writ*.

Justiça gratuita.

Como a ação de *habeas corpus* é gratuita, nos termos do art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal, torna-se descabido o pedido de concessão da assistência judiciaria.

Pelo exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

Envie-se, imediatamente, cópia dessa decisão para ser juntada ao respectivo processo (art. 461 do RITJMG).

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Maurício Pinto Ferreira e Henrique Abi-Ackel Torres.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

Conflito negativo de jurisdição - Competência territorial - Regra - Local onde se consumou o fato - Inteligência do artigo 70 do Código Processo Penal - Competência do juízo suscitado - Dar provimento ao recurso.

-O lugar do crime é resolvido pela doutrina com três teorias, quais sejam, a teoria da atividade, pela qual é considerado lugar do crime aquele em que se iniciou a execução da conduta típica, a teoria do resultado, pela qual é entendido como lugar do crime aquele em que se produziu o evento e, a teoria da ubiquidade, pela qual é tido como lugar da infração tanto aquele em que se iniciou a execução, como aquele em que houve o resultado.

-A prevenção somente pode ser utilizada como critério subsidiário de fixação de competência, acaso não se fixe esta com base nos critérios prevalentes, no caso, o local em que se deram os fatos, que, *in casu*, teriam ocorrido no município de Lagoa da Prata/MG.

Conflito de Jurisdição nº 1.0000.20.073948-0/000 - Comarca de Luz - Suscitante: Juiz de Direito da Comarca de Luz - Suscitado: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância e da Juventude da Comarca de Lagoa da Prata. – Relator: Des. Wanderley Paiva.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar provimento ao recurso para declarar competente o juízo suscitado.

Belo Horizonte, 1º de setembro de 2020. - *Wanderley Paiva*. – Relator.

Voto

DES. WANDERLEY PAIVA - Trata-se de Conflito de Jurisdição, instado pelo Juiz de Direito da Comarca de Luz/MG, em razão de r. decisão proferida às f. 26 (autos originários) pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância da Juventude da Comarca de Lagoa da Prata/MG, que determinou a remessa dos autos ao Juízo Suscitante, ao considerar que os autuados foram presos em flagrante na Comarca de Luz/MG, valendo ressaltar que as diligências cumpridas nesta Comarca foram realizadas quando eles já estavam presos em flagrante naquela Comarca, sendo apenas um desdobramento da prisão em flagrante.

Em sua decisão proferida às f. 36/41 (autos originários) o Juízo Suscitante entendeu que, considerando que o crime ocorreu no Km 34 da MG 429, zona Rural do Município de Lagoa da Prata/MG, conforme REDS de f. 29/35, este Juízo de Luz/MG se declara incompetente para prosseguir com o feito.

Às f. 62/62v-TJ, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do r. parecer do digno Procurador de Justiça, Dr. Leonell Cavanellas, opinou pela competência do Juízo Suscitado para conhecer e julgar o feito originário.

É o Relatório. Decido.

Conheço do conflito, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Após detida análise dos autos, pude constatar que razão assiste ao Juízo Suscitante, senão vejamos.

Tem-se que, de acordo com os documentos constantes dos autos, G.H.D.S. e E.F.R.S., em tese, transportavam cerca de 1Kg de "cocaína", na forma de seu subproduto "crack", bem como mantiveram em depósito no Km 34 da Rodovia MG 429, zona rural do Município de Lagoa da Prata/MG, conforme REDS de f. 32/35, bem como foi apreendido, na residência de E.F., uma arma de fogo. Desta feita, ambos os suspeitos foram autuados em flagrante delito.

Pois bem.

A questão do lugar do crime, em princípio, não é de fácil solução, na verdade, exige uma breve análise.

Para resolver questionamentos dessa natureza, a doutrina propôs três teorias, ou seja, a teoria da atividade, pela qual é considerado lugar do crime aquele em que se iniciou a execução da conduta típica, a teoria do resultado, pela qual é entendido como lugar do crime aquele em que se produziu o evento e, a teoria da ubiquidade, pela qual é tido como lugar da infração tanto aquele em que se iniciou a execução, como aquele em que houve o resultado.

Dessa forma, ao fixar a competência pelo lugar da infração, o legislador, manifestou sua preferência, nitidamente, pela teoria da ubiquidade, ao considerar praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou a omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu o resultado.

Aliado a isso, como se sabe, executadas as regras de fixação em razão da natureza da infração (ratione materiae - artigo 74 do CPP) ou em razão da prerrogativa da função (*ratione personae* – art. 84 do CPP), a competência, em regra geral, deverá ser fixada pelo lugar em que se consumar a infração penal (*ratione loci* – art. 70, *caput*, do CPP).

Segundo leciona Nucci,

> [...] busca-se, em primeiro plano, o lugar da infração. E, a partir disso, visualiza-se o contexto das exceções à regra: "a) quando houver matéria especial a ser cuidada (ratione materiae), levando-se em conta a natureza da infração (é o que ocorre com a Justiça Militar ou Eleitoral, para crimes militares ou eleitorais); b) quando houver privilégio especial em função da pessoa a ser julgada (ratione personae), como ocorre no julgamento de altas autoridades (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 10 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2013, p. 262/263) .

Percebe-se, portanto, que a competência deverá ser firmada, *a priori*, no juízo onde se consumou a infração penal, mormente porque "[...] é o local onde a infração penal ocorreu, atingindo o

resultado, perturbando a tranquilidade social e abalando a paz e o sossego da comunidade» (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 10 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2013, p. 263), assim como porque é o local onde se pode obter, com maior facilidade, as provas do fato delituoso.

Portanto, no caso dos autos, conforme se vê de f. 29/35, o local em que se deram os fatos teriam ocorrido no município de Lagoa da Prata/MG.

E mais, considerando o que alude o art. 70 do Código de Processo Penal, tornou-se competente para processar e julgar o processo, por prevenção, o Juízo da Comarca de Lagoa da Prata/MG.

Nesse sentido:

> Conflito negativo de competência. Posse de armas de fogo e munição. Consumação. Competência. Local da apreensão. Prevenção. Inocorrência. 01. Nos termos da lei processual penal (art. 70 do CPP), a competência para o processamento e julgamento do feito é o do Juiz do local da infração, em tese, cometida, ou seja, o lugar da consumação do delito. 02. A prevenção é regra subsidiária, que só deve ser aplicada nas hipóteses em que dois juízes se mostrarem igualmente competentes. Sendo determinado o local da consumação, não há falar-se em aplicação do instituto (Conflito de Jurisdição 1.0000.11.050861-1/000, Relator Des. Fortuna Grion, 3ª Câmara Criminal, j. em 21.11.2011, p. em 12.03.2012).

Ainda acerca da matéria, confira-se jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

> Processual Penal. Conflito de competência. Delitos de formação de quadrilha, contrabando e corrupção ativa. Conexão. Artigo 78, inciso II, alínea a, do Código de Processo Penal. Critério da prevalência do local da infração a que cominada a pena mais grave. Prevenção. Critério subsidiário. Declaração da competência do MM. Juízo Suscitado. 1. Em consonância com o disposto no art. 78, inciso II, do CPP, o primeiro critério a ser examinado para efeito de definição da competência no caso de jurisdições da mesma categoria é a gravidade das penas cominadas. O critério de prevenção, à luz da alínea c do inciso II do art. 78 do CPP, é subsidiário, somente aplicável se insuficientes os demais. 2. *In casu*, o Juízo competente para julgar as ações em questão é o Suscitado (MM. Juízo de São Miguel do Oeste/SC), porquanto a pena mais grave refere-se ao crime de corrupção ativa (dois a doze anos de reclusão e multa), praticado nos limites da Subseção Judiciária de São Miguel do Oeste/SC (CJ 32362 RS 2009.04.00.032362-0, Relator Sebastião Ogê Muniz, Quarta Seção, j. em 19.11.2009, p. 25.11.2009).

Desse modo, repito, adotando a teoria da ubiquidade, imperioso afirmar, com fulcro no art. 70 do CPP, que o Juízo Suscitado é o competente para conhecer e julgar a demanda.

Sobre o tema, eis também a jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça:

> Conflito negativo de jurisdição. Competência territorial. Lugar onde se consumou a infração. Regra do artigo 70 do Código de Processo Penal. Competência do juízo suscitado. 1. A competência para o processamento e julgamento do feito é do juiz onde o delito se consumou nos termos do artigo 70 do Código de Processo Penal. 2. Dar pela competência do juízo suscitado (TJMG - Conflito de Jurisdição 1.0000.14.015607-6/000, Relator: Des. Pedro Vergara, 5ª Câmara Criminal, j. em 05.05.2015, p. em 13.05.2015).

> Conflito de jurisdição. Receptação. Competência territorial. Artigo 70 do CPP. Roubo consumado em outra comarca. Autoria não apurada. Conexão. Impossibilidade. Declarar a competência do Juízo Suscitado. - A competência para o julgamento do feito é determinada pelo local onde o delito foi consumado, nos termos do artigo 70 do Código de Processo Penal. - Não havendo indícios de que os acusados, presos na posse da res, foram os autores do suposto roubo da motocicleta apreendida, a competência para julgar o feito é do juízo onde se consumou, em tese, o delito de receptação (TJMG - Conflito de Jurisdição 1.0000.15.001829-9/000, Relator: Des. Nelson Missias de Morais, 2ª Câmara Criminal, j. em 26.03.2015, p. em 06.04.2015).
>
> Conflito negativo de jurisdição. Declinação de competência por existência de outro processo contra o mesmo réu. Competência em razão do lugar da infração. Conflito acolhido. Na lei processual penal brasileira, a regra pela definição da competência vem estampada no art. 70 do CPP, determinando que o julgamento seja realizado no lugar em que se consumou a infração, para que se facilite a apuração do delito em relação à colheita probatória (TJMG - Conflito de Jurisdição 1.0000.00.238976-5/000, Relator: Des. Herculano Rodrigues, 2ª Câmara Criminal, j. em 29.11.2001, p. em 13.12.2001).

De resto, destaco as ponderações da douta Procuradoria-Geral de Justiça, a saber:

> [...] Da análise que fiz, entendo tal como considerado pelo juízo suscitante, que no caso em tela, a competência deve ser definida pelo local em que se deram os fatos, que in casu, conforme REDS de fls. 29/35, teriam ocorrido no município da Lagoa da Prata/MG.
>
> Diante do que, em conformidade ao art. 70 do Código de Processo Penal, a competência deva de direito sobejar ao juízo de Lagoa da Prata/MG [...].

Desta sorte, por tudo que se extrai desses autos, não deve existir vínculo desse feito ao Juízo Suscitante da Comarca de Alpinópolis/MG.

Com tais considerações, tudo mais que dos autos consta, dou provimento ao recurso para declarar competente o Juízo Suscitado, qual seja, Juiz de Direito da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Lagoa da Prata/MG, para onde os autos deverão ser remetidos, com as cautelas de estilo.

Custas recursais *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Kárin Emmerich e Edison Feital Leite.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITADO.

Agravo em execução penal - Progressão de regime - Parâmetros fixados pela Lei nº 13.964/2019 - Sentenciado reincidente na prática de crime de natureza comum e que foi condenado pela prática de crime equiparado a hediondo - Exigência do cumprimento de 40% (quarenta por cento) da reprimenda para progressão de regime - Critério adequado - manutenção.

- Deve ser aplicado o requisito temporal previsto no art. 112, inciso V, da Lei de Execuções Penais, ao sentenciado reincidente na prática de crimes de natureza comum e condenado por crime equiparado a hediondo, por analogia *in bonam partem*, já que a Lei nº 13.964/2019 revogou o art. 2º, § 2º, da Lei de crimes hediondos e se omitiu quanto ao parâmetro de progressão de regime na referida hipótese.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0000.20.454236-9/001 - Comarca de Ituiutaba - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravada: M.N.O. - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2020. - *Sálvio Chaves* - Relator.

Voto

DES. SÁLVIO CHAVES - Cuida a espécie de agravo em execução, interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face da decisão de f. 249/252, documento único, que determinou o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena para que o reeducando faça jus à progressão de regime, ante ao fato de não se tratar o reeducando de reincidente específico.

Nas razões recursais (f. 253/255, documento único), o ilustre Promotor de Justiça, inconformado com a decisão de primeiro grau, assinalou que, estando o agente em cumprimento de pena e sobrevindo nova condenação, por crime hediondo, em virtude da reincidência, lhe é exigido o cumprimento de 3/5 (três quintos) ou 60% (sessenta por cento) de toda a pena, para fins de progressão em relação a todos os crimes.

Pede, assim, o provimento do recurso para reformar a decisão rechaçada, determinando-se ao Juízo *a quo* a adoção da fração de 3/5 (três quintos) do cumprimento de toda a pena do reeducando

para a sua progressão de regime prisional, determinando-se, ainda, a consequentemente retificação do cálculo da reprimenda executada.

Contrarrazões devidamente apresentadas (f. 257/263, documento único), oportunidade em que a operosa Defensoria Pública pugna pelo desprovimento do recurso.

Em sede de juízo de retratação, a decisão foi integralmente mantida (f. 264, documento único).

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça, à Ordem 82, opinou pelo desprovimento do agravo.

Este é o relatório. Decido.

Conheço do recurso por ser próprio e tempestivo.

Razão não assiste ao ente ministerial, uma vez que almeja a ultratividade de uma legislação com caráter penal, o que é vedado.

Do exame dos autos, verifica-se que a questão em debate está relacionada às alterações da lei de execuções penais, no que se refere ao instituto da progressão de regime, promovidas pela Lei nº 13.964/2019, o denominado pacote anticrime.

Inicialmente, é importante registrar que, tratando-se a progressão de regime de matéria de natureza penal, não há dúvidas de sua retroatividade às execuções iniciadas antes de sua vigência, obviamente que nos pontos benéficos ao réu, nos exatos termos do art. 66, inciso I, da LEP, e da Súmula nº 611, do Supremo Tribunal Federal.

A bem da verdade, o questionamento trazido no presente recurso, que inclusive já vem dividindo a doutrina, refere-se aos novos parâmetros fixados para a progressão de regime, mais especificamente, ao lapso temporal de cumprimento de pena exigido para os condenados a crime hediondos que forem reincidentes na prática de crime de natureza comum.

É que, com a nova redação dada ao art. 112, da LEP, passou a exigir- se 40% (quarenta por cento) do cumprimento da reprimenda aos apenados condenados a crimes hediondos ou equiparado, se primários, bem como 60% (sessenta por cento) da pena dos condenados que forem reincidentes em crimes hediondos, confira-se:

> Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:
>
> [...]
>
> V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;
>
> VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:
>
> a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;
>
> [...]

> VII - 60% (sessenta por cento) (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente
>
> na prática de crime hediondo ou equiparado;
>
> VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

Também é preciso ressaltar que a novel legislação cuidou de revogar o art. 2º, § 2º, da Lei de Crimes Hediondos.

Pois bem, diante desse contexto, entendo que agiu acertadamente o nobre Magistrado de primeiro grau, ao considerar o lapso temporal previsto no inciso V, do art. 112, do LEP, correspondente a 40% (quarenta por cento) do cumprimento da pena.

Em primeiro lugar, é importante esclarecer que a novel legislação, também trouxe alterações benéficas aos réus, até porque o referido diploma legal não se restringiu ao conteúdo do projeto de lei elaborado pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública, também trazendo algumas novidades propostas pela comissão presidida pelo douto Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes e outras constantes do PL nº 156/09 (novo CPP). Por isso, após sua aprovação com a reunião destes três projetos, não vejo como falar, exclusivamente, nesse "*intuito de endurecer a legislação penal e processual penal pátrias*", já que, repita-se, foram trazidas diversas alterações benéficas aos réus.

Feito esse breve esclarecimento, também é importante lembrar que a questão em torno do percentual para progressão de regime aos condenados por crime hediondos já foi muito discutida antes da edição do referido diploma legal, quando se tratava de acusados reincidentes. Questionava-se se o percentual de 3/5 (três quintos), previsto na anterior redação do art. 2º, § 2º da Lei nº 8.072/90, restringia-se a reincidência específica ou não. E foi justamente por não haver uma especificação na lei é que os Tribunais Superiores pacificaram o entendimento no sentido de que bastava a reincidência, independente da natureza do crime, para atrair o referido percentual.

No atual cenário, com a revogação do art. 2º, § 2º da Lei nº 8.072/90, e as alterações promovidas ao art. 112 da LEP, percebe-se que, embora o Legislador não tenha usado da melhor técnica, foi mais restritivo no tocante a reincidência quando fixou um parâmetro mais gravoso, constando expressamente a condição de reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado.

Como se vê, há uma omissão na nova legislação em relação aos apenados que foram condenados por crime hediondo e são reincidentes na prática de crimes comuns, já que o art. 112 da LEP, em seu inciso V, se refere aos primários e no inciso VII aos reincidentes específicos, não se admitindo, a meu ver, uma interpretação extensiva, em desfavor do sentenciado.

Assim, por ausência de previsão legal, creio que a melhor técnica de interpretação, no presente caso, será aquela feita por analogia *in bonam partem*, aplicando-se o parâmetro fixado aos condenados primários.

A proposito:

> Quanto aos crimes hediondos ou equiparados, a primariedade a que se refere a norma é a de não ter sido condenado anteriormente por delitos desta natureza. Assim, mesmo que o apenado tenha anterior condenação transitada em julgado por crime comum, para efeito de prazo de progressão de regime, será tido como primário em crime hediondo ou equiparado. Dessa forma, v.g, já tendo sido condenado anteriormente por roubo agravado pelo concurso de agentes, vindo a receber posterior condenação por extorsão mediante sequestro, para efeito de progressão de regime, será considerado primário em crime hediondo ou equiparado e, por isso, o prazo para progressão pelo crime hediondo será de 40% (quarenta por cento) da pena. Por outro lado, se condenado definitivamente por homicídio qualificado e sofrer nova condenação por extorsão agravada pelo emprego de arma, será considerado reincidente em crime comum, cometido com o emprego de violência à pessoa ou grave ameaça, quanto ao crime patrimonial, sendo o prazo para progressão de 30% (trinta por cento). A reincidência mencionada pela norma quanto aos crimes hediondos ou equiparados é a específica, ou seja, quanto a delitos da mesma natureza. Destarte, p. ex., o sujeito condenado com trânsito em julgado por tráfico de drogas que sofrer nova condenação por extorsão mediante sequestro, é considerado reincidente específico em crime hediondo ou equiparado e, portanto, o prazo para progressão de regime será de 60% (sessenta por cento). [...] Defendemos que se trata de reincidência específica porque as normas expressamente dizem "se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado", e "se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte", ou seja, se tiver sido novamente condenado por essas espécies de delito. A norma anterior revogada prevista no art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, referia-se apenas à reincidência para que a fração aplicável à progressão de regime fosse de 3/5 (três quintos) da pena e, por isso, a reincidência era a genérica. As normas atuais não se limitaram como a anterior a dizer apenas reincidente. Assim, não há como interpretar de outro modo as regras a não ser no sentido de que a reincidência é a específica em crime hediondo ou equiparado (SILVA, César Dario Mariano Da. *Lei de execução penal,* comentada *in* JuruaDocs nº 193.2535.5002.6300 - art. 112).

Nesse mesmo sentido já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

> Agravo em execução penal. Retificação atestado de pena. Progressão de regime. Condenado por crime hediondo. Reincidência relativa a crime comum. Lei nº 13.964/19. Aplicação da lei mais benéfica. A nova redação do art. 112 da LEP, trazida pela Lei nº 13.964/19, não tratou dos condenados por crime hediondo, reincidentes por delitos comuns. E, diante da omissão legislativa e em observância ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, deve-se aplicar as disposições contidas no inciso V, ou, se o crime hediondo teve como resultado morte, no inciso VI, do referido artigo (Agravo em Execução Penal nº 1.0693.15.009228-8/002, Rel. Des. Maurício Pinto Ferreira, j. em 16.07.2020).

> Agravo em execução penal. Progressão de regime - condenado reincidente. Condenação anterior por tráfico de drogas na forma privilegiada. Crime comum (art. 112, § 5º, LEP). Reincidência genérica. Crime posterior hediondo. Requisito objetivo. Observância da fração de 40% (art. 112, *v*, LEP). Retroatividade da lei penal benéfica. - O crime de Tráfico de Drogas na forma Privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06), não é considerado hediondo ou equiparado a hediondo para fins de Progressão de Regime, nos termos do art. 112, § 5º, da Lei de Execução Penal. - As normas que regulam a Execução da Pena, por repercutirem diretamente no poder punitivo estatal, devem observar os Princípios da Retroatividade da Lei Penal Benéfica e da Estrita Legalidade, o qual veda a analogia *in malam partem*. - A Progressão de Regime, ao reincidente simples, posteriormente condenado em crime hediondo ou equiparado, demanda o cumprimento de 40% (quarenta) da reprimenda no regime anterior, nos termos do art. 112, V, da LEP, incluído pela Lei nº 13.964/2019 (Agravo em Execução Penal nº 1.0000.20.444067-1/001, Rel. Des.

Octavio Augusto de Nigris Boccalini, j. em 05.08.2020).

Agravo em execução penal. Retificação de atestado de pena. Requisito objetivo para progressão de regime aplicado no patamar de 3/5 (três quintos) (três quintos). Inviabilidade. Nova redação dada ao art. 112 da LEP pela Lei nº 13.964/19. Exigência de reincidência específica. Inadmissibilidade de analogia *in malam partem* na seara penal. *Novatio in mellius*. Aplicação. Necessidade. Recurso ministerial desprovido. Com as inovações legislativas advindas da Lei nº 13.964/19 - Pacote Anticrime -, houve a revogação expressa do § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 e alteração do art. 112 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), dispositivo este que dispõe acerca dos marcos objetivos para a progressão de regime. Pela nova redação do inciso VII, do art. 112 da LEP, somente se aplica a fração mais gravosa de 3/5 (três quintos) (três quintos) se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado, o que não é o caso dos autos. Sendo assim, deve ser observado o princípio da *novatio in mellius*, nos termos do parágrafo único do art. 2º do Código Penal, aplicando-se a fração de 40% (quarenta por cento) - 2/5 (dois quintos) - do cumprimento da pena para a progressão de regime, nos exatos termos da decisão combatida. (Agravo em Execução Penal nº 1.0342.10.010238-9/001, Rel. Des. Doorgal borges de Andrada, j. em 05.08.2020).

Assim, não vejo como promover qualquer reparo na decisão recorrida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA E MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Embargos de divergência - Recurso especial - Direito real de habitação - Copropriedade de terceiro anterior à abertura da sucessão - Título aquisitivo estranho à relação hereditária

1 - O direito real de habitação possui como finalidade precípua garantir o direito à moradia ao cônjuge/companheiro supérstite, preservando o imóvel que era destinado à residência do casal, restringindo temporariamente os direitos de propriedade originados da transmissão da herança em prol da solidariedade familiar.

2 - A copropriedade anterior à abertura da sucessão impede o reconhecimento do direito real de habitação, visto que de titularidade comum a terceiros estranhos à relação sucessória que amparaaria o pretendido direito.

3 - Embargos de divergência não providos.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM REsp nº 1.520.294-SP - Relatora: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI.

Embargante: Vera Lúcia Ribeiro de Castro Melega - Advogados: Marcus Vinicius Perello, Laila Maria Brandi e Rebeca Araújo Belasco - Embargado: Luciano Rizzarro Melega - Advogada: Tânia Maria Fischer.

Acórdão

A Segunda Seção, por unanimidade, negou provimento aos embargos de divergência, revogando tutela provisória anteriormente concedida, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Pedido de preferência pelo embargado Luciano Rizzarro Melega, representado pela Dra. Tânia Maria Fischer.

Brasília (DF), 26 de agosto de 2020. - *Ministra Maria Isabel Gallotti* - Relatora.

Relatório

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI - Trata-se de embargos de divergência opostos por Vera Lúcia Ribeiro de Castro Mélega, contra acórdão proferido pela Terceira Turma desta Corte, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, assim ementado:

> Processual civil. Agravo interno no recurso especial. Direito real de habitação para cônjuge supérstite. Possibilidade. 1. O acórdão recorrido que adota a orientação firmada pela jurisprudência do STJ não merece reforma. 2. Agravo não provido.

O recorrente, em suas razões, alega divergência em relação ao acórdão cuja ementa encontra-se assim redigida:

> Recurso especial. Pedido de retificação da partilha homologada judicialmente, para constar direito da viúva ao usufruto de 1/4 dos bens deixados pelo autor da herança (art. 1611, § 1º, do CC/1916). Reconhecimento, pelas instâncias ordinárias, do direito real de habitação ao cônjuge supérstite, com fulcro no art. 1.831, CC/02. Insurgência dos herdeiros. - Hipótese em que o inventariante, ante a impugnação à averbação do formal de partilha exarada pelo Cartório de Registro de Imóveis, requereu a retificação, por omissão, do auto de partilha, para que dele constasse o direito da viúva ao usufruto de 1/4 sobre o imóvel deixado pelo autor da herança, enquanto perdurasse o estado de viuvez, nos termos do art. 1.611, § 1º do Código Civil de 1916. Indeferimento do requerimento, ante o reconhecimento, pelas instâncias ordinárias, do direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, com base no art. 1.831 do Código Civil de 2002. - O direito real de habitação, instituído causa *mortis*, seja na vigência do Código Civil de 1916 (§ 2º do art. 1.611), ou sob a égide da atual lei substantiva civil (art. 1.831), ainda que com contornos bem diversificados, sempre foi compreendido como direito sucessório, a considerar o Livro em que inseridas as correspondentes disposições legais - Do Direito das Sucessões. Sob esse prisma, a sucessão, assim como a legitimação para suceder, é regulada pela lei vigente ao tempo da abertura daquela, ou seja, por ocasião do evento morte do autor da herança, que, no caso dos autos, deu-se em 03 de abril de 2006. Sobressai, assim, clarividente a incidência do atual Código Civil, a reger a presente relação jurídica controvertida, conforme preceitua o art. 1.787 do Código Civil. - A constituição do direito real de habitação do cônjuge supérstite emana exclusivamente da lei, sendo certo que seu reconhecimento de forma alguma repercute na definição de propriedade dos bens partilhados. Em se tratando de direito *ex vi lege*, seu reconhecimento não precisa necessariamente dar-se por ocasião da partilha dos bens deixados pelo *de cujus*, inocorrendo, por conseguinte, ofensa à coisa julgada. Nesse quadro, a superveniente declaração do direito real de habitação dispensa prévia rescisão ou anulação da partilha, pois com ela não encerra qualquer oposição. - De acordo com os contornos fixados pelo Código Civil de 2002, o direito real de habitação confere ao cônjuge supérstite a utilização do bem, com o fim de que nele seja mantida sua residência, independente do regime de bens do casamento e da titularidade do imóvel, afastado, inclusive, o caráter vidual estabelecido na legislação precedente. Substancia-se, assim, o direito à moradia previsto no art. 6º da Constituição Federal, assegurado ao cônjuge supérstite. - Recurso Especial improvido (REsp nº 1125901/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, j. em 20.06.2013, *DJe* de 06.09.2013).

Pedido de tutela provisória incidental requerendo a concessão de efeito suspensivo "aos embargos de divergência opostos pela requerente, até o julgamento final e definitivo de seu recurso especial, suspendendo-se, assim, os efeitos do v. acórdão recorrido e o andamento da ação de reintegração de posse movida pelo requerido em face da requerente."

Decisão às f. 670/675 e-STJ deferindo a tutela provisória para determinar a suspensão de atos de reintegração de posse até o exaurimento da presente instância, bem como o processamento dos embargos de divergência, visto que verificada, em tese, a dissonância de entendimentos entre julgados deste Tribunal.

Regularmente intimada, a parte embargada pugnou pela manutenção do acórdão embargado, visto que

> o direito real de habitação da viúva foi rechaçado em todas as Instâncias, justamente pela peculiaridade do imóvel ter sido adquirido mediante compra e venda, (e não meação/herança, como no caso paradigma), muito antes do casamento com a viúva, pelo Embargado e pelo *de cujus*, tratando-se de condomínio comum.

É o relatório.

Voto

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (RELATORA) - Conheço dos embargos, por reputar devidamente configurada a divergência entre o acórdão embargado e o acórdão paradigma.

Com efeito, em ambos os casos se cuidou da possibilidade ou não de se reconhecer o direito real de habitação à cônjuge supérstite na hipótese em que há anterior copropriedade com terceiros do imóvel vindicado.

No acórdão embargado, foi adotado o entendimento de que, "na hipótese de copropriedade anterior ao óbito - que difere daquela adquirida com o falecimento do proprietário - não se pode falar em direito real de habitação ao cônjuge supérstite".

Transcrevo abaixo trecho pertinente do acórdão embargado (f. 555/556 e-STJ):

> Em que pese a argumentação expendida pela agravante, é certo que há peculiaridade neste processo, que o distingue de outros que tão somente discutem o direito real de habitação da viúva(o) frente aos demais herdeiros. Aqui, há uma anterior copropriedade, anterior ao próprio casamento da agravante, leia-se:
>
> No caso em apreço, o *de cujus* e a agravante contraíram matrimônio em 20 de outubro de 2007, sendo que o documento de f. 44/46 demonstra que o bem em questão foi adquirido em 03 de abril de 2000 pelo finado e pelo agravado, seu filho, de sorte que o recorrido já era coproprietário desse imóvel.
>
> Noutro dizer, o filho do *de cujus* era condômino do pai, que não tinha a propriedade exclusiva do imóvel sobre o qual pretende a agravante obter o direito real de habitação e, *in casu*, aludida pretensão afrontaria o direito do recorrido como condômino.

> Em suma, em caso de condomínio com outras pessoas, quer filhos, Irmãos, pais, ou até mesmo terceiros que não parentes, não se vislumbra a possibilidade de se instituir esse direito. (e-STJ. f. 352/353).
>
> Como foi evidenciado na decisão agravada, o STJ já tratou da peculiaridade para afastar, na hipótese de copropriedade anterior ao óbito - que difere daquela adquirida com o falecimento do proprietário - não se pode falar em direito real de habitação ao cônjuge supérstite.

O acórdão apontado como paradigma, por outro lado, assim entendeu sobre o tema:

> A argumentação expendida pelos recorrentes, no sentido de que o direito real de habitação teria sido constituído em favor do Sr. Marino Meneghini Magni por ocasião da morte de sua primeira esposa, e, extinto em virtude do matrimônio contraído com Sra. Maria de Lourdes Fonseca, em 19.10.1989 (já que à época tal direito era vidual - enquanto remanescesse o estado de viuvez), não possui qualquer amparo legal, tampouco respaldo na verdade dos autos.
>
> Na realidade, com a morte de sua primeira esposa, o Sr. Marino Meneghini Magni, então casado sob o regime da comunhão universal de bens, permaneceu com o domínio do imóvel, no que diz respeito à 50% da parte ideal, a título de meação, enquanto que a outra metade restou transmitida por herança aos três filhos do casal.
>
> Esse mesmo bem, de propriedade do Sr. Marino Meneghini Magni (50% da parte ideal), serviu de residência à nova família por ele constituída, ao contrair núpcias com a Sra. Maria de Lourdes Fonseca, em 19.10.1989, sob o regime da separação legal de bens. É de se constatar, nesse contexto, que o Sr. Marino exercia a posse do referido bem, não limitada à moradia, ressalte-se, mas sim como reflexo de sua propriedade. Não há falar, assim, em constituição ou extinção de seu direito real de habitação, tal como querem fazer crer os ora recorrentes.
>
> Com a superveniência da morte do Sr. Marino, a recorrida Maria de Lourdes Fonseca Magni, na qualidade de cônjuge supérstite, faz jus ao direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência familiar, revelando-se sem influência, para tal, o fato de o imóvel, em virtude da partilha operada, recair sobre a propriedade dos filhos advindos do primeiro casamento do *de cujus*.
>
> **Efetivamente, de acordo com os contornos fixados pelo Código Civil de 2002, o direito real de habitação confere ao cônjuge sobrevivente a utilização do bem, com fim de que nele seja mantida sua residência, independente do regime de bens do casamento e da titularidade do imóvel, afastado, inclusive, o caráter vidual estabelecido na legislação precedente.**
>
> Substancia-se, assim, o direito à moradia previsto no art. 6° da Constituição Federal, assegurado ao cônjuge supérstite (grifo não constante do original).

Inicialmente, ao contrário do pretendido pela ora embargada, cumpre destacar que a discussão acerca da origem da aquisição da copropriedade por terceiro não importa à presente discussão, desde que não seja decorrente da abertura da sucessão do *de cujus* cuja viúva pretende ver reconhecido o direito real de habitação, como veremos adiante, visto que essa é da essência do direito ora destacado.

Noutros termos, tanto no acórdão embargado quanto no acórdão paradigma, há anterior copropriedade com terceiros do imóvel vindicado, cuja aquisição, sob a forma de condomínio, se

deu antes mesmo do início do novo relacionamento com a pessoa viúva que pleiteia o direito real de habitação.

Penso que deve prevalecer a orientação do acórdão embargado, assentada na prevalência da copropriedade anterior, senão vejamos.

Como sabido, o direito real de habitação possui como finalidade precípua garantir o direito à moradia ao cônjuge/companheiro supérstite, preservando o imóvel que era destinado à residência da família, qualquer que fosse o regime de bens adotado. O art. do atual Código Civil assim dispõe:

> Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Trata-se de instituto intrinsecamente ligado à sucessão, razão pela qual os direitos de propriedade originados da transmissão da herança sofrem mitigação temporária em prol da manutenção da posse exercida pelos membros do casal.

Hipóteses distintas e que não podem ser objeto de interpretação extensiva, visto que o direito real de habitação já é oriundo de exceção imposta pelo legislador, são aquelas referentes à existência de copropriedade anterior com terceiros do imóvel vindicado, visto que estranhos à relação sucessória que ampararia o direito em debate.

Como pontuado pela Ministra Nancy Andrighi, relatora do REsp n° 1.184.492/SE, julgado pela Terceira Turma em 1º.04.2014, a causa do direito real de habitação é tão somente "a solidariedade interna do grupo familiar que prevê recíprocas relações de ajuda".

Entendimento diverso possibilitaria, inclusive, a instituição de direito real de habitação sobre imóvel de propriedade de terceiros estranhos à sucessão, o que contraria a mens legis acima exposta.

O Ministro Luís Felipe Salomão, ao analisar questão semelhante no REsp n° 1.212.121/RJ, julgado em 03.12.2013, valeu-se das lições de Carlos Maximiliano para destacar a importância de afastar interpretações não razoáveis:

> 4.2. No ponto, embora lacônica a Lei nº 9.278/1996 - circunstância a exigir a integração hermenêutica do juiz - o fato é que o dispositivo contido na Lei nº 9.278/1996 (art. 7º, parágrafo único), ao utilizar os termos "relativamente ao imóvel destinado à residência da família", não teve o condão de conceder à companheira direito real de habitação em bens de terceiros. De fato, parece razoável interpretar a norma tomando como base o instituto do direito real de habitação existente à época, de acordo com a redação do Código Civil de 1916.
>
> Carlos Maximiliano leciona:
>
> "Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável (2), que melhor corresponda à necessidades da prática (3), e seja mais humano, benigno, suave (4). É antes de crer que o legislador haja querido exprimir o consequente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem

> efeito. Portanto, dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor consequência para a coletividade (5). 179 - Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconscientes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que tome aquela sem efeito, inócua, ou este juridicamente nulo (1)" (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 135-136).
>
> Por isso que o art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/1996, deve ser interpretado em conjunto com o conteúdo do direito real de habitação existente quando de sua criação, leia-se, o previsto no art. 1.611 e parágrafos do Código Civil de 1916.
>
> **Assim, não é crível presumir que o silêncio da lei poderia levar o reconhecimento de direito real de habitação sob imóvel do locador, por exemplo, um terceiro absolutamente estranho à relação jurídica subjacente. Desse modo, o direito real à habitação limita os direitos de propriedade, porém, quem deve suportar tal limitação são os herdeiros do *de cujus*, e não quem já era proprietário o imóvel antes do óbito, como é o caso dos recorridos, que haviam permitido a utilização do imóvel pelo casal a título de comodato.**
>
> O companheiro falecido da recorrente era proprietário tão somente de 1/13 do apartamento, assim, não pode a companheira sobrevivente limitar o direito de propriedade dos demais irmãos.

No caso em debate, entendo que tal direito não subsiste em face do coproprietário embargado, cujo condomínio sobre a propriedade é preexistente à abertura da sucessão do falecido (2008), visto que objeto de compra e venda registrada em 1978, antes mesmo do início do relacionamento com a embargante (2002) (f. 350/354 e-STJ).

Nesse sentido, lembro ainda os seguintes precedentes:

> Agravo regimental no recurso especial. Ação reivindicatória. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Julgamento *extra petita*. Não ocorrência. Direito real de habitação. Companheiro. Possibilidade. Direito real de habitação não reconhecido no caso concreto. - Inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC, quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide. - Inexiste julgamento *extra petita* quando o órgão julgador não violou os limites objetivos da pretensão, tampouco concedeu providência jurisdicional diversa do pedido formulado na inicial. - O Código Civil de 2002 não revogou as disposições constantes da Lei nº 9.278/96, subsistindo a norma que confere o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal matéria em relação aos conviventes em união estável, consoante o princípio da especialidade. - Peculiaridade do caso, pois a companheira falecida já não era mais proprietária exclusiva do imóvel residencial em razão da anterior partilha do bem. - Correta a decisão concessiva da reintegração de posse em favor das co-proprietárias. - Precedentes específicos do STJ. - Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada. - Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp nº 1436350/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. em 12.04.2016, *DJe* de 19.04.2016).
>
> Civil. Direito real de habitação. Inoponibilidade a terceiros coproprietários do imóvel. Condomínio preexistente à abertura da sucessão. Art. Analisado: 1.611, § 2º, do CC/16. - Ação reivindicatória distribuída em 07.02.2008, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 19.03.2010. - Discute-se a oponibilidade do direito real de habitação da viúva aos coproprietários do imóvel em que

> ela residia com o falecido. - A intromissão do Estado-legislador na liberdade das pessoas disporem dos respectivos bens só se justifica pela igualmente relevante proteção constitucional outorgada à família (art. 203, I, da CF/88), que permite, em exercício de ponderação de valores, a mitigação dos poderes inerentes à propriedade do patrimônio herdado, para assegurar a máxima efetividade do interesse prevalente, a saber, o direito à moradia do cônjuge supérstite. - No particular, toda a matriz sociológica e constitucional que justifica a concessão do direito real de habitação ao cônjuge supérstite deixa de ter razoabilidade, em especial porque o condomínio formado pelos irmãos do falecido preexiste à abertura da sucessão, pois a copropriedade foi adquirida muito antes do óbito do marido da recorrida, e não em decorrência deste evento. - Recurso especial conhecido e provido (REsp nº 1184492/SE, Rel. Min.ª Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 01.04.2014, *DJe* de 07.04.2014).
>
> Direito das sucessões. Recurso especial. Sucessão aberta anteriormente à vigência do Código Civil de 2002. Companheira sobrevivente. Direito real de habitação não reconhecido no caso concreto. - Em matéria de direito sucessório, a lei de regência é aquela referente a data do óbito. Assim, é de se aplicar ao caso a Lei nº 9278/1996, uma vez que o Código Civil ainda não havia entrado em vigor quando do falecimento do companheiro da autora, ocorrido em 19.10.2002. - Não há direito real de habitação se o imóvel no qual os companheiros residiam era propriedade conjunta do falecido e de mais doze irmãos. - O direito real à habitação limita os direitos de propriedade, porém, quem deve suportar tal limitação são os herdeiros do *de cujus*, e não quem já era proprietário do imóvel antes do óbito e havia permitido sua utilização a título de comodato. - Recurso especial não provido (REsp nº 1212121/RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 03.12.2013, *DJe* de 18.12.2013).

Em face do exposto, nego provimento aos embargos de divergência e revogo a tutela provisória anteriormente concedida.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Segunda Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Segunda Seção, por unanimidade, negou provimento os embargos de divergência, revogando tutela provisória anteriormente concedida, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antônio Carlos Ferreira.

Brasília, 26 de agosto de 2020. - *Ana Elisa de Almeida Kirjner* - Secretária.

(Publicado no *DJe* de 2 de setembro de 2020).

Agravo regimental em recurso especial - Homicídio qualificado perpetrado contra vítima de tenra idade (15 anos) - Valoração negativa das consequências do crime - Divergência entre as turmas criminais desta corte - Fundamentação concreta e idônea - Decisão mantida

1 - Há divergência entre a Quinta e a Sexta Turmas na questão veiculada no recurso especial, qual seja, se a tenra idade da vítima constituiu fundamento idôneo para agravar a pena-base, especificamente no que se refere ao crime de homicídio, mediante valoração negativa das consequências do crime.

2 - Deve prevalecer a orientação da Quinta Turma, no sentido da idoneidade da fundamentação, pois a tenra idade da vítima (menor de 18 anos) é elemento concreto e transborda aqueles ínsitos ao crime de homicídio, sendo apto, pois, a justificar o agravamento da pena-base, mediante valoração negativa das consequências do crime, ressalvada, para evitar *bis in idem*, a hipótese em que aplicada a majorante prevista no art. 121, § 4º (parte final), do Código Penal.

3 - Agravo regimental improvido.

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.851.435-PA - Relator: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR.

Agravante: N.S.S. (Preso) - Advogados: Defensoria Pública da União e Defensoria Pública do Estado do Pará - Agravado: Ministério Público do Estado do Pará.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que dava provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antônio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 12 de agosto de 2020 - *Sebastião Reis Júnior* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR - Agravo regimental interposto por N.S.S. contra a decisão monocrática, de minha lavra, assim ementada (f. 414):

> Recurso especial. Homicídio qualificado. Violação do art. 59 do cp. Suposta ilegalidade na valoração negativa do vetor consequências do crime manifesta improcedência. Fundamentação concreta e idônea. Precedentes desta corte. Incidência da Súmula nº 568/STJ. Recurso especial improvido.

Nas razões, aduziu o agravante, em síntese, que os precedentes mais recentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte têm orientado no sentido de que a idade da vítima em crime de homicídio já constitui elementar do tipo penal, consubstanciando, pois, fundamento inapto para aumentar a pena (f. 422).

Pugnou, assim, pela reforma da decisão agravada. Devidamente intimado, o agravado se manifestou no sentido da manutenção da decisão hostilizada (f. 434/446).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou no sentido da submissão do recurso ao órgão colegiado e pelo desprovimento do reclamo (f. 453/458).

Em sessão de julgamento, realizada em 16.06.2020, a Sexta Turma, por unanimidade, decidiu afetar o julgamento do presente feito à Terceira Seção desta Corte.

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): A questão, suscitada no recurso especial, cinge-se em definir se a tenra idade da vítima constituiu fundamento idôneo para agravar a pena-base, especificamente no que se refere ao crime de homicídio, mediante valoração negativa das consequências do crime.

Como bem observado pelo ilustre parecerista, há uma divergência entre a Quinta e a Sexta Turmas desta Corte quanto ao tema (f. 456/457):

> [...]
> 3.1. De fato, verifica-se que não há jurisprudência predominante no STJ no sentido de considerar a idade da vítima como fator para agravar a pena-base do crime de homicídio, no vetor 'consequências do crime' (art. 59 do CP). 3.2. De um lado, a 5ª Turma do STJ admite a idade da vítima com fator aumentar a pena-base do crime de homicídio, no vetor 'consequências do crime'. Cabe citar, a título exemplificativo: AgRg no REsp nº 1.707.982/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, DJ 19.04.2018; AgRg no AgRg no REsp nº 1.277.781/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJ 17.05.2018). 3.3. De outro lado, a Sexta Turma não admite a idade da vítima com fator aumentar a pena-base do crime de homicídio, no vetor 'consequências do crime'. Cabe citar, a título exemplificativo: ArRg no REsp nº 1695.315/PA, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, DJ 19.04.2018; Resp nº 1.284.562/SE, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, DJ 05.05.2016. [...]

Para melhor compreensão, transcrevo as ementas dos últimos julgados, de ambas as Turmas, que trataram da tese (grifo nosso):

> Agravo regimental no *habeas corpus*. Homicídio duplamente qualificado. Exasperação da pena-base. Idade da vítima. Fundamentação idônea. Utilização do mesmo fundamento para valorar negativamente a culpabilidade e as consequências do delito. *Bis in idem* configurado. Necessidade de afastamento de um dos vetores. Agravo regimental desprovido. - **O entendimento assente neste Tribunal é de que o fato de a vítima ser jovem confere ao delito praticado maior grau de reprovabilidade, o que legitima a imposição de reprimenda mais severa ao acusado. Trata-se, portanto, de fundamentação idônea, pois baseada em elemento concreto dos autos. Precedentes.** - Entretanto, tal fundamento não pode ser utilizado para valorar negativamente diferentes vetores, sob pena de se incorrer no vedado *bis in idem*. Precedentes. - Na hipótese, o fato de a vítima ser adolescente foi a única fundamentação concreta utilizada para valorar negativamente tanto a culpabilidade do agente, quanto as consequências do delito, tornando-se, de rigor, o afastamento de uma delas. - Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC nº 334.899/RS Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, *DJe* de 13.03.2020 - grifo nosso)

> Penal e processual penal. Agravo regimental no recurso especial. Homicídio. Exclusão da qualificadora. Reexame de provas. Impossibilidade. Súmula nº 7/STJ. Consequências do crime. Idade da vítima. Elemento inerente ao tipo penal. Agravo regimental parcialmente provido. - O acolhimento da tese recursal de afastamento da qualificadora do art. 121, § 2º, inciso IV, do CP, implicaria o necessário reexame do contexto fático probatório, o que não se admite na via do recurso especial, tendo em vista o óbice da Súmula nº 7 desta Corte. - **Entende esta Corte que, em regra, a idade da vítima (17 anos) não autoriza o desvalor atribuído às consequências do delito de homicídio consumado, por ser inerente ao delito. Precedentes.** - Agravo regimental parcialmente provido para afastar a negativação das consequências do delito e reduzir a sanção para 13 anos e 3 meses de reclusão (AgRg no REsp nº 1.695.315/PA, Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, *DJe* de 11.05.2018 - grifo nosso).

Em princípio, o homicídio perpetrado contra vítima de tenra idade (adolescente ou criança) ostenta reprovabilidade idêntica àquele perpetrado contra um adulto, pois ambos vulneram o objeto jurídico tutelado pela norma (vida).

Não há como ignorar, no entanto, **o fato de que o homicídio perpetrado conta a vítima jovem ceifa uma vida repleta de possibilidades e perspectivas, que não guardam identidade ou semelhança com aquelas verificadas na vida adulta.**

Há que se sopesar, ainda, as consequências do homicídio contra vítima de tenra idade no núcleo familiar respectivo: pais e demais familiares enlutados por um crime que **subverte a ordem natural da vida**.

Não se pode olvidar, ademais, o aumento crescente no número de homicídios perpetrados contra adolescentes no Brasil, o que reclama uma resposta estatal.

Nesse sentido, destaco notícia extraída do portal eletrônico da Unicef:

> Homicídios de crianças e adolescentes.
>
> No Brasil, todos os dias, 32 crianças e adolescentes morrem assassinados. Responder às formas extremas de violência e prevenir os homicídios de crianças e adolescentes são prioridades para o UNICEF.

> Nas últimas décadas, o Brasil alcançou avanços importantes na redução da mortalidade infantil. Essas conquistas permitiram que o País salvasse 827 mil crianças entre 1996 e 2017.
>
> **No entanto, muitas dessas crianças, não chegaram à idade adulta. No mesmo período (1996 a 2017), 191 mil crianças e adolescentes de 10 a 19 anos foram vítimas de homicídio no Brasil. Ou seja: as vidas salvas na primeira infância foram perdidas na segunda década por causa da violência (Datasus).**
>
> **O número de homicídios de adolescentes do sexo masculino no Brasil é maior, inclusive, do que em países afetados por conflitos, como Síria e Iraque. Em 2015, 11.403 adolescentes de 10 a 19 anos foram assassinados no Brasil, dos quais 10.480 eram meninos. No mesmo período, na Síria, um total de 7.607 meninos morreram, a maioria em decorrência da guerra. No Iraque, foram registradas 5.513 mortes de meninos no mesmo período, em decorrência da violência.**
>
> **Caso não haja mudanças significativas no País, 43 mil adolescentes de 12 a 18 anos serão mortos no Brasil entre 2015 e 2021, de acordo com o Índice de Homicídios na Adolescência (IHA, 2014). O IHA é uma ferramenta desenvolvida pelo UNICEF e parceiros para analisar o cenário dos homicídios de adolescentes no País e fazer estimativas para o futuro.**
>
> **Segundo o IHA, sete das 10 cidades mais violentas do Brasil estão na Região Nordeste. Fortaleza tem o maior índice de homicídios de adolescentes do País, com 10,94 para cada 1.000 adolescentes, seguida por Maceió (9,37). Rio de Janeiro e São Paulo, na Região Sudeste, ocupam as posições 19 e 22 no ranking (com 2,71/1.000 e 2,19/1.000, respectivamente).**
>
> A vida desses adolescentes é marcada por uma série de violações de direitos. Em 2017, um estudo produzido pelo UNICEF e seus parceiros analisou a trajetória de adolescentes mortos em sete cidades do Ceará. Na capital, Fortaleza, 44% das mortes aconteceram em 17 dos 119 bairros da cidade. Metade das vítimas morreu a cerca de 500 metros de casa e 70% estavam fora da escola a, pelo menos, seis meses. "Eu ouvi o tiro que matou meu filho", disse aos pesquisadores a mãe de um dos meninos mortos.
>
> A pesquisa e os números confirmam que a vida dos adolescentes das periferias é marcada por uma enorme falta de oportunidades que os torna cada vez mais vulneráveis à violência letal. Além de manter os investimentos na primeira infância, é hora de o Brasil investir igualmente na segunda década de vida (Homicídio de Crianças e Adolescentes: Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/homicidios-de-criancas-e-adolescentes.Acess o em 15.07.2020 - grifo nosso).

Não ignoro que o legislador ordinário estabeleceu - no art. 121, § 4º, do Código Penal - o aumento de pena para o crime de homicídio doloso *praticado contra pessoa menor de 14 ou maior de 60 anos.*

Nada obsta, contudo, que o Magistrado, ao se deparar com crime de homicídio perpetrado contra uma vítima com 14 anos de idade ou mais (mas com menos de 18 anos), aumente a pena na primeira fase da dosimetria, pois, como referenciado acima, um crime perpetrado contra um adolescente ostenta consequências mais gravosas do que um homicídio comum.

Assim, entendo que deve prevalecer a orientação firmada na Quinta Turma desta Corte, no sentido de que a tenra idade da vítima (menor de 18 anos de idade) é elemento concreto e transborda aqueles inerentes ao crime de homicídio, sendo apto, pois, a justificar o agravamento da pena-base, mediante valoração negativa das consequências do crime, **ressalvada**, para evitar *bis in idem*, a hipótese em que aplicada a causa de aumento prevista no art. 121, § 4º (parte final), do Código Penal.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

Voto-vencido

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ - Sr. Presidente, vou pedir vênia para divergir. Nesse ponto, até acompanharia V. Exa., que não vota, mas na Turma creio que este é o entendimento de V. Exa., e a Sexta Turma vinha entendendo nesse sentido, porque, com todo o respeito, não vejo como se possa automaticamente atribuir maior reprobabilidade simplesmente por ser a vítima menor de dezoito anos. Se ela tiver dezoito anos e um dia, a reprobabilidade maior não existiria, portanto.

Quando o legislador quis agravar o resultado da conduta, ele o fez tendo em vista a peculiaridade da vítima, como, por exemplo, o feminicídio. Ainda que tenha uma pena idêntica à do homicídio qualificado, ele destacou o crime de feminicídio pela importância simbólica de proteger ou de dar maior guarida a mulheres vítimas de homicídios praticados em razão da sua condição de mulher. Também o fez quando, como o próprio voto afirma, atribuiu maior reprobabilidade aos crimes cometidos contra adolescente, vítima menor de quatorze anos, ou contra idoso, maior de sessenta.

Portanto, a questão é um pouco de princípio da legalidade. Não vejo como a simples idade da vítima, fora das hipóteses legalmente previstas no Código Penal, que estão adstritas ao princípio da legalidade, possa autorizar um aumento da pena-base simplesmente pelas consequências do crime. Porque uma criança de um ano ou um jovem de dezenove anos tem seu futuro rompido traumaticamente por um ato homicida reprovável que deve ser punido com todos os rigores da lei.

O que talvez me pareça justificar eventual aumento de pena seria pela culpabilidade do agente do crime ou pelas circunstâncias do crime. Porque podemos ter um homicídio contra um jovem de dezesseis anos que reprove muito mais, de acordo com eventuais circunstâncias, do que o de um jovem de doze ou treze anos.

Esse automatismo, a meu ver, não encontra lastro no Direito, de dizer que passamos a considerar, simplesmente pelo fato de ser alguém vítima de homicídio, por ter menos de dezoito anos, que a pena-base deverá ser maior.

Até não vejo propriedade de se dizer que a vítima menor de dezoito anos tem tenra idade. Quando se fala de idade tenra, tem-se geralmente isso para criança.

São essas minhas observações.

Ficaria vencido, embora, deixando bem claro que, normalmente, em homicídios contra crianças, a justificativa na fixação da pena, na forma do art. 59, pode, sim, autorizar seu incremento, é preciso que isso seja dito, explicado em razão das circunstâncias concretas do crime, e não apenas em razão da idade da vítima.

É como voto, Sr. Presidente.

Certidão

Certifico que a egrégia Terceira Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que dava provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antônio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 12 de agosto de 2020. - *Gilberto Ferreira Costa* - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 21 setembro de 2020).

Direito penal e processual penal - Agravo regimental em *habeas corpus* - Acordo de não persecução penal (Art. 28, *a*, do CPP) - Retroatividade até o recebimento da denúncia

1 - A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*.

2 - O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia.

3 - O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

4 - Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP.

5 - Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: *"o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia"*.

AG. REG. NO *HABEAS CORPUS* Nº 191.464 - SC - Relator: MINISTRO ROBERTO BARROSO

Agente: M.C.S. - Advogado: N.J.M.M. e outro - Agravado: Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade

de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, e fixar a seguinte tese: o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

Brasília, 30 de outubro a 10 de novembro de 2020. - *Ministro Luís Roberto Barroso* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática de minha lavra que, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, negou seguimento ao *habeas corpus*. A decisão foi assim ementada: *"Processual penal. Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Alegação de nulidade. Acordo de não persecução penal. Jurisprudência do supremo tribunal federal".*

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática dos crimes previstos no art. 1°, I e II, c/c o art. 12, I, da Lei nº 8.137/90, à pena de 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão. A sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Na instância extraordinária, o recurso especial interposto não foi admitido na origem, sucedendo série de recursos perante o Superior Tribunal de Justiça visando ao seu conhecimento e provimento, sem êxito.

Neste recurso, a parte agravante aduz que a decisão impugnada não está alinhada com o entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nesse sentido, alega que a Sexta Turma do STJ entende que "a norma em discussão é de natureza mista e mais benéfica ao réu e deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado". Sustenta que o HC nº 191.464, Rel. Min. Gilmar Mendes, que trata da mesma matéria, foi remetido para deliberação do Plenário, o que torna "justo que o processamento da ação penal na origem seja suspenso".

Com essas considerações, a defesa requer a nulidade da decisão proferida pelo STJ e a "suspensão do processamento da Ação Penal n. 0008918-31.2012.8.24.0033 até o julgamento final do HC nº 185.913/DF pelo Plenário desse Supremo Tribunal Federal".

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - O recurso não deve ser provido.

Inicialmente, indefiro o pedido de suspensão do *habeas corpus* até que haja o julgamento do HC nº 185.913, Rel. Min. Gilmar Mendes. Não obstante a relevância dos argumentos para que Sua Excelência afete o julgamento daquele caso ao Plenário do Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática de 23.09.2020), não há previsão legal que impeça o andamento de outros processos. Atenho-me à celeridade com que devem ser julgados os *habeas corpus*, como é o presente.

Quanto à pretensão recursal, a parte recorrente não trouxe novos argumentos suficientes para modificar a decisão ora agravada.

Em essência, a decisão monocrática negou seguimento ao *habeas corpus* porque: (i) o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) está alinhado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de que, em princípio, *"é incabível recurso contra decisão que não possui conteúdo decisório nem se reveste de lesividade*"; e (II) as peças que instruem a impetração não evidenciam ilegalidade flagrante ou abuso de poder capaz de justificar o imediato acolhimento da pretensão defensiva.

Discute-se a possibilidade de iniciar tratativas sobre o acordo de não persecução penal (ANPP), a pedido da defesa, em processo em curso. No caso, já havia sentença penal condenatória contra o paciente, confirmada em segundo grau e pelo próprio STJ, à época em que entrou em vigor a Lei nº 13.964/2019. Ao assentar a inadmissibilidade da pretensão defensiva, apoiei-me em entendimento exposto pelos eminentes Min. Marco Aurélio no ARE nº 1171894 e Min. Cármen Lúcia no HC nº 186.289.

Considerando que a questão ainda não está madura, uma vez que as decisões referidas são monocráticas, aprofundo o enfrentamento.

A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o ANPP, pode ser considerada lei penal de natureza híbrida: (i) tem natureza processual por estabelecer a possibilidade de composição entre as partes com o fim de evitar a instauração da ação penal; e (ii) tem natureza material em razão da previsão de extinção da punibilidade de quem cumpre os deveres estabelecidos no acordo (art. 28, *a*, § 13, do Código de Processo Penal - CPP - Art. 28, *a*, § 13, do Código de Processo Penal: *Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade*).

Para leis penais materiais, a Constituição prevê a retroatividade penal benéfica nos seguintes termos: *"a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"* (art. 5º, XL). A garantia foi também assegurada no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal (Art. 2º, parágrafo único, do Código Penal: *A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado*). Por outro lado, para leis penais processuais, a regra é a aplicação imediata, ressalvando- se a validade de atos anteriores, conforme art. 2º do CPP (*tempus regit actum*) - (Art. 2º do Código de Processo Penal: *A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior*).

Em se tratando de leis penais híbridas, possível haver conformação entre os postulados, de forma que, de um lado, a aplicação da lei não necessariamente retroagirá em seu grau máximo (inclusive após o trânsito em julgado); e, de outro lado, não necessariamente será o caso de considerar válidos todos os atos já realizados sob a vigência da lei anterior. Se a conformação não for realizada expressamente pelo legislador, cabe ao intérprete fazê-la.

A hipótese cuida da possibilidade de se instaurar a discussão sobre o ANPP no curso do processo. Argumenta-se, com base na retroatividade penal benéfica, que o acordo deve ser viabilizado

mesmo depois de recebida a denúncia, proferida sentença, em fase recursal e até mesmo depois do trânsito em julgado.

Entretanto, penso que o procedimento em torno do ANPP o situa em uma fase específica da persecução penal e, diante da sua natureza também processual, deve ser prestigiada a marcha progressiva do processo.

A leitura do art. 28, *a*, do CPP evidencia que a composição se esgota na fase anterior ao recebimento da denúncia. Não apenas porque o dispositivo refere investigado (e não réu) ou porque aciona o juiz das garantias (que não atua na instrução processual - Art. 3º-B, XVII, do Código de Processo Penal: *O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...) XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação*), mas sobretudo porque a consequência do descumprimento ou da não homologação é especificamente inaugurar a fase de oferta e de recebimento da denúncia (art. 28, *a*, § 8º e § 10 - Art. 28, *a*, do Código de Processo Penal: § 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. e § 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.).

Dessa forma, o ANPP não se conforma com a instauração da ação penal, devendo ser estabelecido o ato de recebimento da denúncia como marco limitador da sua viabilidade. Com efeito, a finalidade do acordo é evitar que se inicie processo, razão pela qual, por consequência lógica, não se justifica discutir a composição depois de recebida a denúncia.

O instrumento, embora inovador e pioneiro em certa medida, não é o primeiro incluído na legislação processual com o objetivo de revisitar a obrigatoriedade da ação penal. Podem ser citadas a transação penal, a suspensão condicional do processo ou mesmo a colaboração premiada nesse caminho.

O STF teve a oportunidade de enfrentar a aplicação intertemporal da suspensão condicional do processo, instituída pela Lei nº 9.099/1995. Em precedente paradigmático, de relatoria do Min. Moreira Alves, ficou assentado que a retroatividade penal benéfica deve se adequar às finalidades para as quais foi editada a lei penal:

> *Habeas corpus*. Suspensão condicional do processo penal (art. 89 da Lei nº 9.099/95). *Lex mitior*. Âmbito de aplicação retroativa. - Os limites da aplicação retroativa da *lex mitior*, vão além da mera impossibilidade material de sua aplicação ao passado, pois ocorrem, também, ou quando a lei posterior, malgrado retroativa, não tem mais como incidir, à falta de correspondência entre a anterior situação do fato e a hipótese normativa a que subordinada a sua aplicação, ou quando a situação de fato no momento em que essa lei entra em vigor não mais condiz com a natureza jurídica do instituto mais benéfico e, portanto, com a finalidade para a qual foi instituído. - Se já foi protalada sentença condenatória, ainda que não

> transitada em julgado, antes da entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, não pode ser essa transação processual aplicada retroativamente, porque a situação em que, nesse momento, se encontra o processo penal já não mais condiz com a finalidade para a qual o benefício foi instituído, benefício esse que, se aplicado retroativamente, nesse momento, teria, até, sua natureza jurídica modificada para a de verdadeira transação penal. *Habeas corpus* indeferido (HC n° 74.305, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 09.12.1996 - O precedente foi referenciado no HC nº 115247, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 12.11.2013).

Nesse sentido, para o caso da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), o STF consolidou o entendimento de que a oferta do benefício poderia ocorrer até que fosse proferida sentença penal (seja condenatória ou absolutória, como se vê do HC nº 77.877, Rel. Min. Sydney Sanches). A *ratio decidendi* do precedente acima reproduzido deve ser aplicada ao ANPP, observadas suas peculiaridades em relação à suspensão condicional do processo. É que o ANPP, como dito, se esgota antes do oferecimento e do recebimento da denúncia e, diferentemente, a suspensão condicional do processo tem como pressuposto o início da ação penal.

Dito de outro modo, enquanto o ANPP se situa na fase pré-processual, que ocorre entre a investigação e o recebimento da denúncia, a suspensão condicional do processo se situa na fase processual, notadamente entre o recebimento da denúncia e a sentença penal. Assim, aplica-se a argumentação extraída do HC nº 74.305 (ação do *tempus regit actum* conforme a finalidade da inovação processual), mas não necessariamente o resultado em termos práticos (de viabilizar a oferta do benefício até que seja proferida a sentença).

De fato, o ANPP tem maior semelhança com a transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/1995) e, quanto a esse instrumento, há precedentes do STF no sentido de que, inaugurada a fase processual, há preclusão da oferta de transação:

> I. Transação penal (Lei nº 9.099/95): hipótese de conciliação pré-processual, que fica preclusa com o oferecimento da denúncia ou, pelo menos, com o seu recebimento sem protesto, se se admite, na hipótese, a provocação do Juiz ao Ministério Público, de ofício ou a instâncias da defesa. II. Transação penal: inaplicabilidade ao processo por crime de abuso de autoridade, que se sujeita a procedimento especial (Lei nº 4.898/65) (HC nº 77.216, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 23.06.19987 - O precedente foi referenciado no HC nº 125626, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 02.06.2017).
>
> Suspensão condicional do processo. Transação penal. Arts. 89 e 76 da lei dos juizados especiais. Aplicação no tempo. Retroatividade. A lei nova benéfica pode ser aplicada tanto imediatamente, por ser desdobramento dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º), como retroativamente, a ponto de alcançar fatos anteriores, desde que se mostre favorável ao agente (CF, art. 5º, LV). Incabível se mostra a suspensão do processo, a que se refere o art. 89 da Lei nº 9.099/95, por se tratar de fato apreciado por sentença anterior ao advento da mesma. Incabível, ainda, a transação penal prevista no art. 76 da mesma lei, porquanto pressupõe que seja acordada em momento anterior à formação da relação jurídica processual. Visando evitar o processo, não pode ser tida como vantagem da qual possa valer-se o condenado no momento em que se encontra o processo. Precedentes da Corte. Recurso extraordinário não conhecido (RE nº 217.626, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 24.04.1998).

Em resumo, extraio as seguintes conclusões: (i) o ANPP foi instituído por lei penal híbrida, de direito material e processual; (ii) leis penais dessa natureza subordinam-se à retroatividade penal benéfica e ao *tempus regit actum*; (iii) o ANPP se esgota na etapa pré-processual, portanto o recebimento da denúncia é marco limitador da sua viabilidade; e (iv) na espécie, a retroatividade penal benéfica incide para autorizar a aplicação do ANPP para fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

A Primeira Turma do STF se pronunciou, na sessão de 13.10.2020, sobre a aplicação da Lei nº 13.964/2019 no tempo, avaliando a retroatividade da regra prevista no art. 171, § 5º, do Código Penal. Pela inovação legislativa, a ação penal que versa sobre estelionato, ressalvadas algumas hipóteses, tornou-se condicionada à representação do ofendido. Questionava-se se a alteração atingia ações penais em curso, definindo-se que a regra se aplica apenas às denúncias oferecidas após a vigência da nova lei:

> *Habeas corpus*. Estelionato. Ação penal pública condicionada a partir da Lei nº 13.964/19 (pacote anticrime). Irretroatividade nas hipóteses de oferecimento da denúncia já realizado. Princípios da segurança jurídica e da legalidade que direcionam a interpretação da disciplina legal aplicável. Ato jurídico perfeito que obstaculiza a interrupção da ação. Ausência de norma especial a prever a necessidade de representação superveniente. Inexistência de ilegalidade. *Habeas corpus* indeferido. - Excepcionalmente, em face da singularidade da matéria, e de sua relevância, bem como da multiplicidade de habeas corpus sobre o mesmo tema e a necessidade de sua definição pela 1ª Turma, fica superada a Súmula nº 691 e conhecida a presente impetração. - Em face da natureza mista (penal/processual) da norma prevista no § 5º do art. 171 do Código Penal, sua aplicação retroativa será obrigatória em todas as hipóteses onde ainda não tiver sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público, independentemente do momento da prática da infração penal, nos termos do art. 2º, do Código de Processo Penal, por tratar-se de verdadeira "condição de procedibilidade da ação penal". - Inaplicável a retroatividade do § 5º do art. 171 do Código Penal, às hipóteses onde o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19; uma vez que, naquele momento a norma processual em vigor definia a ação para o delito de estelionato como pública incondicionada, não exigindo qualquer condição de procedibilidade para a instauração da persecução penal em juízo. - A nova legislação não prevê a manifestação da vítima como condição de prosseguibilidade quando já oferecida a denúncia pelo Ministério Público. - Inexistente, no caso concreto, de ilegalidade, constrangimento ilegal ou teratologia apta a justificar a excepcional concessão de Habeas corpus. Indeferimento da ordem (HC nº 187.341, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 13.10.2020 - pendente de publicação).

A despeito da argumentação já desenvolvida, que situa a incidência do ANPP na fase pré-processual, tal como foi concebido no art. 28, *a*, do CPP, e acomoda entendimento já aplicado pelo STF para hipótese semelhante, cabe trazer, em obter *dictum*, argumento de ordem consequencialista. Uma primazia incauta da retroatividade penal benéfica, que não se justifica por se tratar de lei penal híbrida, ensejaria um colapso no sistema criminal: admitir-se a instauração da discussão sobre a oferta do ANPP inclusive para sentenças transitadas em julgado faria com que praticamente todos os processos – em curso, julgados, em fase recursal, em cumprimento de pena -, fossem encaminhados ao titular da ação penal para que avaliasse a situação do réu/sentenciado. Esse contexto não

se justifica se considerado o propósito do ANPP, de impedir o início da ação penal, e da máxima de que não devem ser restauradas etapas da persecução penal já efetivadas em conformidade com as leis processuais vigentes.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental e proponho a seguinte fixação de tese: *"o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia"*.

É como voto.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, e fixou a seguinte tese: o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. Primeira Turma, Sessão Virtual de 30.10.2020 a 10.11.2020.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Marco Aurélio, Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Luiz Gustavo Silva Almeida - Secretário da Primeira Turma.

(Publicado no *DJe* de 26 de novembro de 2020.)

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo - Direito Processual Civil - Decisão mista - Capítulo em que se aplica a sistemática da repercussão geral - Não cabimento de recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal - Questões remanescentes - Direito Administrativo - Danos morais - Indenização - Responsabilidade civil do Estado - Fatos e provas - Reexame - Impossibilidade - Precedentes

1 - Incabível recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal contra a aplicação da sistemática da repercussão geral no juízo de origem.

2 - A orientação consolidada na Corte foi agasalhada no Código de Processo Civil de 2015, que prevê como instrumento processual adequado contra a aplicação do instituto da repercussão geral a interposição de agravo interno perante o próprio tribunal de origem (art. 1.030, § 2º, do CPC).

3 - Embora cabível, em tese, o agravo previsto no art. 1.042 do CPC quanto às questões remanescentes, é inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF.

4 - Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC).

5 - Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos § 2º e § 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita.

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.273.065 - MINAS GERAIS - Relator: MINISTRO DIAS TOFFOLI PRESIDENTE

Agente: Janaina Monteiro da Silva - Advogado: Vladimir Macedo da Silva - Agravado: Estado de Minas Gerais - Procurador: Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário de 28.08.2020 a 04.09.2020, na conformidade da ata do julgamento, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, com imposição de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC), nos termos do voto do Relator,

Ministro Dias Toffoli (Presidente). Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 8 de setembro de 2020. - *Ministro Dias Toffoli* - Presidente

Relatório

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE) - Trata-se de tempestivo agravo regimental contra decisão mediante a qual neguei seguimento ao recurso, sob os fundamentos de aplicação da sistemática da repercussão geral na origem (Tema nº 339), de ausência de ofensa constitucional direta e de incidência da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal.

Sustenta o agravante, em síntese, a inaplicabilidade dos óbices apontados.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE) - A irresignação não merece prosperar.

Ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, a jurisprudência da Corte não admitia a interposição de agravo a ela dirigido contra a decisão do juízo de origem em que se aplique a sistemática da repercussão geral. Vide:

> Questão de Ordem. Repercussão Geral. Inadmissibilidade de agravo de instrumento ou reclamação da decisão que aplica entendimento desta Corte aos processos múltiplos. Competência do Tribunal de origem. Conversão do agravo de instrumento em agravo regimental. - Não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no § 3º do art. 543-B, do CPC, aplica decisão de mérito do STF em questão de repercussão geral. - Ao decretar o prejuízo de recurso ou exercer o juízo de retratação no processo em que interposto o recurso extraordinário, o tribunal de origem não está exercendo competência do STF, mas atribuição própria, de forma que a remessa dos autos individualmente ao STF apenas se justificará, nos termos da lei, na hipótese em que houver expressa negativa de retratação. - A maior ou menor aplicabilidade aos processos múltiplos do quanto assentado pela Suprema Corte ao julgar o mérito das matérias com repercussão geral dependerá da abrangência da questão constitucional decidida. - Agravo de instrumento que se converte em agravo regimental, a ser decidido pelo tribunal de origem (AI nº 760.358-QO, Plenário, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 12/2/10).

Essa orientação foi agasalhada no Código de Processo Civil de 2015, que prevê, como instrumento processual adequado para corrigir supostos equívocos na aplicação do instituto da repercussão geral, a interposição de agravo interno perante o próprio Tribunal de origem (art. 1.030, § 2º, do CPC 2015). Nesse sentido:

> Agravo interno. Recurso extraordinário com agravo. Recurso para o supremo tribunal federal contra a parte da decisão que aplica a sistemática da repercussão geral na origem. Impossibilidade. Precedentes. Questões remanescentes: ausência de impugnação específica a todos os fundamentos aptos, por si sós,

para sustentar a decisão que inadmitiu o recurso extraordinário na origem. Hipótese de não conhecimento. - Ao examinar a admissibilidade de Recurso Extraordinário com capítulos independentes e autônomos, o Tribunal de origem aplicou precedente formado sob o rito da repercussão geral para algumas questões e óbices de outra natureza para os demais pontos. - As decisões de admissibilidade com esse perfil têm sido apelidadas de mistas (ou complexas). - Tais decisões comportam duas espécies de recursos: agravo interno quanto às matérias decididas com base em precedente produzido sob o rito da repercussão geral (CPC, art. 1.030, § 2º); e agravo do art. 1.042 do CPC quanto aos aspectos resolvidos por outros tipos de fundamentos. - Não há previsão legal de recurso para o Supremo Tribunal Federal contra a parte da decisão do Juízo de origem que aplicou a sistemática da repercussão geral (Pleno, Ag. Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo 994.469, Relatora: Min. Cármen Lúcia (Presidente), *DJe* de 14.03.2017). - Embora cabível quanto aos outros óbices, o recurso não merece prosperar. Não pode ser conhecido o agravo do art. 1.042 do CPC quando não impugna especificamente todos os fundamentos da decisão que inadmitira o recurso extraordinário. - Agravo Interno a que se nega provimento. Fixam-se honorários advocatícios adicionais equivalentes a 10% (dez por cento) do valor a esse título arbitrado na causa, já considerada, nesse montante global, a elevação efetuada na decisão anterior (CPC/2015, art. 85, § 11) - (ARE nº 1.115.707/RS-AgR, 1ª Turma, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, *DJe* de 24.08.2018).

Agravo regimental na reclamação. Constitucional e processual civil. Pressuposto de admissibilidade de recurso de competência de outros tribunais. Ausência de repercussão geral. Decisão reclamada. Aplicação do entendimento do supremo tribunal federal firmado em sede de repercussão geral (CPC/2015, art. 1.030, I). Alegada usurpação da competência do supremo tribunal federal. Inocorrência. Inadequação do meio recursal utilizado, por admissível, na espécie, unicamente o recurso de agravo interno (CPC/2015, art. 1.030, § 2º). Precedentes. Agravo regimental desprovido (Rcl nº 29.093/GO-AgR, 1ª Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, *DJe* de 17.08.2018).

Recursos extraordinários com agravo matéria penal primeiro agravo alegada violação aos preceitos inscritos nos arts. 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da constituição da república ausência de ofensa direta reexame de fatos e provas impossibilidade Súmula nº 279/STF ofensa ao art. 93, IX, da carta magna inocorrência segundo agravo utilização dessa espécie recursal contra decisão que, emanada de tribunal de jurisdição inferior, faz incidir, no caso, a disciplina da sistemática da repercussão geral inadmissibilidade (CPC, art. 1.042, *caput*, *in fine*) precedentes pedido de reconhecimento de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do estado não acolhimento eficácia *ex tunc*, para efeito de prescrição penal, ao juízo negativo de admissibilidade de apelo extremo confirmado pelo supremo tribunal federal agravo interno improvido (ARE nº 1.128.701/RS-AgR, 2ª Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, *DJe* de 28.08.2018).

No que se refere à matéria remanescente, embora cabível o recurso previsto no art. 1.042 do Código de Processo Civil, tem-se que o Tribunal de origem decidiu a controvérsia nos termos seguintes:

[...]

Com efeito, para condenar o Estado a pagar indenização por danos morais em face de sua responsabilidade objetiva, deve restar comprovada a ação ou omissão estatal, a lesão a direitos da personalidade do requerente, bem como o nexo de causalidade.

Na espécie em exame, considero que a autora não conseguiu comprovar qualquer prejuízo sofrido pela publicação de seu nome completo no Diário do Judiciário Eletrônico.

[...]

Além disso, enfatizo que não há nos autos uma prova sequer de que a publicação como foi feita tenha representado qualquer abalo psicológico à autora, nem tampouco de que o erro do Estado tenha repercutido de forma vexatória em seu meio social.

Não há, nesse particular, prova testemunhal alguma a demonstrar este abalo psicológico ou a exposição indevida da vida pessoal da autora no meio da comunidade em que vive.

[...]

Na espécie em exame, o sentimento da autora parece não ter sido exposto a uma ofensa que pudesse refletir na esfera de sua dignidade e produzir efeitos tão negativos a justificar a existência de um sofrimento que tenha fugido da normalidade e quebrado a tranquilidade psicológica da parte por ter tido seu nome publicado, de forma completa, no âmbito do diário da justiça eletrônico.

Destarte, verifica-se que o acolhimento da pretensão recursal exigiria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que se mostra inviável no âmbito do recurso extraordinário, a teor do que dispõe a Súmula nº 279 desta Corte. Nesse sentido, confira-se:

Direito administrativo. Responsabilidade civil do estado. Erro médico. Indenização. Recurso extraordinário interposto sob a égide do CPC/2015. Alegação de ofensa ao art. 37, § 6º, da constituição da república. Eventual violação reflexa da constituição da república não viabiliza o recurso extraordinário. Reelaboração da moldura fática. Procedimento vedado na instância extraordinária. Agravo manejado sob a vigência do CPC/2015. - A controvérsia, a teor do já asseverado na decisão guerreada, não alcança estatura constitucional. Não há falar em afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais. Compreensão diversa demandaria a reelaboração da moldura fática, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa à Constituição, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Desatendida a exigência do art. 102, III, a, da Lei Maior, nos termos da remansosa jurisprudência desta Suprema Corte. - As razões do agravo não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa a preceito da Constituição da República. - Agravo interno conhecido e não provido (ARE nº 1.163.922/SP-AgR, 1ª Turma, Rel. Mina. Rosa Weber, *DJe* de 06.02.2019).

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. - Direito Administrativo. - Erro médico em hospital universitário. Não comprovação da responsabilidade estatal. - Ofensa reflexa à Constituição Federal. Necessidade de reexame do acervo probatório. Súmula nº 279 do STF. Precedentes. - Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. - Agravo regimental a que se nega provimento (RE nº 1.031.839/PE-AgR, 2ª Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, *DJe* de 08.11.2017).

Direito administrativo. Agravo regimental em recurso extraordinário. Responsabilidade civil do estado. Erro médico. Súmula nº 279/STF. Descabimento. - Hipótese em que o Tribunal de origem não reconheceu a existência dos elementos configuradores da responsabilidade civil do Estado. Nessas condições, a resolução da controvérsia demandaria o reexame dos fatos e do material probatório constantes dos autos, o que afasta o cabimento do recurso extraordinário. Precedentes. - Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. - Agravo regimental a que se nega provimento (RE nº 804.603/SC-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* de 14.10.2015).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental e condeno a parte agravante ao pagamento de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa, consoante disposto no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil, caso seja unânime a votação.

Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos § 2º e § 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita.

É como voto.

Extrato de ata

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, com imposição de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC), nos termos do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli (Presidente). Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Plenário, Sessão Virtual de 28.08.2020 a 04.09.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza - Assessora-Chefe do Plenário.

(Publicado no *DJe* de 21 de outubro de 2020.)