

Boletim nº 248 - 10/2/2021
Diretoria Executiva de Gestão da Informação Documental - DIRGED

Este boletim consiste na seleção periódica de julgados do Órgão Especial, da Seção Cível, das Câmaras Cíveis e Criminais do TJMG. Apresenta também decisões e súmulas provenientes dos Tribunais Superiores.

As decisões tornam-se oficiais somente após a publicação no *Diário do Judiciário*. Portanto, este boletim tem caráter informativo.

SUMÁRIO

Órgão Especial

Ação direta de inconstitucionalidade – Secretário municipal – Remuneração - Subsídio - Ajuda de custo – Vedação

Mandado de segurança – Questão de mérito - Coisa julgada – Rediscussão – Impossibilidade - Precatório – Correção - IPCA

Mandado de segurança – Concurso público – Candidato excedente – Desistência de candidato melhor aprovado – Edital em vigor – Interesse e necessidade – Discricionariedade – Ausência – Direito liquido e certo à nomeação

Câmaras Cíveis do TJMG

Estabilidade provisória – Gravidez – Contratação temporária – Indenização

Ação civil pública - Obrigação de fazer – Direito à saúde - Responsabilidade solidária dos entes estatais - Princípio da dignidade da pessoa humana

Mandado de segurança – ICMS – Transferência da titularidade do bem – Locação – Não incidência

Empresas do mesmo grupo econômico – Teoria da aparência – Legitimidade passiva

Atraso na entrega de diploma universitário – Dano moral - Critério de fixação

Agressão verbal de cunho homofóbico – Dano moral – Valor

Câmaras Criminais do TJMG

Remissão de pena – Jornada mínima diária – Exceção – Serviços prestados no estabelecimento prisional - Horário especial – Dias trabalhados

Tráfico de drogas – Propriedade dos entorpecentes – Ausência de comprovação – Estabilidade, permanência ou habitualidade – Inexistência – Princípio do *in dubio pro reo* – Absolvição

Furto qualificado - Escusa absolutória – Parentesco por afinidade

Livramento condicional – Falta grave – Dupla valoração – Período aquisitivo

Superior Tribunal de Justiça

Recursos repetitivos

Plano de saúde. Cláusula de coparticipação à razão máxima de 50% (cinquenta por cento). Informação e ajuste ao consumidor. Transtorno psiquiátrico. Internação superior a 30 (trinta) dias por ano. Abusividade afastada. Validade. Equilíbrio financeiro. Tema 1032.

Recuperação judicial. Crédito. Existência. Sujeição aos efeitos do processo de soerguimento. Art. 49, *caput*, da Lei nº 11.101/2005. Data do fato gerador. Tema 1051.

Recuperação judicial e falência. Decisões interlocutórias. Hipóteses de cabimento do agravo de instrumento previstas na Lei nº 11.101/2005. Risco de lesão grave e de difícil reparação exigidos pelo CPC/1973. Ressignificação do cabimento à luz do CPC/2015. Natureza jurídica do processo recuperacional. Liquidação e execução negocial. Natureza jurídica do processo falimentar. Liquidação e execução coletiva. Aplicabilidade da regra do art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015. Cabimento de agravo de instrumento contra todas as decisões interlocutórias proferidas nos processos recuperacionais e falimentares. Modulação de efeitos. Segurança jurídica e proteção da confiança. Tema 1022.

Corte Especial

Decisão que indefere requerimento consensual de designação da audiência de conciliação prevista no art. 334 do CPC. Impugnação imediata. Via adequada após tema repetitivo 988. Agravo de instrumento. Excepcional utilização do mandado de segurança. Impossibilidade absoluta.

Planos e seguros de saúde. Ação coletiva vindicando descumprimento de norma

emitida pela ANS. Litisconsórcio passivo necessário da União e da ANS. Imprescindibilidade.

Segunda Seção

Plano de saúde. Despesas médico-hospitalares realizadas fora da rede credenciada. Reembolso. Restrição a situações excepcionais. Inexistência ou insuficiência de estabelecimento ou profissional credenciado no local. Urgência ou emergência do procedimento. Art. 12, VI, da Lei nº 9.656/1998.

Terceira Seção

Serviços de comunicação. Criptografia de ponta a ponta. Quebra de sigilo de dados. Decisão judicial. Descumprimento. Impossibilidade técnica. Astreintes. Ilegalidade.

Dosimetria da pena. Majorantes sobejantes. Patamar fixo ou variável. Valoração em outra fase. Possibilidade. Princípio da individualização da pena.

EMENTAS

Órgão Especial

Processo cível - Direito constitucional – Direito administrativo

Ação direta de inconstitucionalidade – Secretário municipal – Remuneração - Subsídio - Ajuda de custo – Vedação

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 5º da Lei nº 11.016/2016. Instituição de ajuda de custo equivalente ao valor do subsídio mensal. Inobservância do art. 24, § 7º, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade reconhecida. A Constituição Estadual, por simetria ao preceito da Constituição da República contido no art. 39, § 4º, estabelece que o detentor de mandato eletivo e os Secretários de Estado serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. O artigo da Lei Municipal que reconhece o direito de recebimento de verba intitulada "ajuda de custo", equivalente ao valor do subsídio mensal, em favor dos Secretários Municipais, não observa a vedação prevista no art. 24, § 7º, da Constituição Estadual, situação que torna imperiosa a declaração de sua inconstitucionalidade (TJMG - Ação Direta Inconst 1.0000.19.167941-4/000, Relator: Des. Edilson Olímpio Fernandes, Órgão Especial, j. em 27/1/2021, p. em 4/2/2021).

Processo cível - Direito civil – Mandado de segurança

Mandado de segurança – Questão de mérito - Coisa julgada – Rediscussão –

Impossibilidade - Precatório – Correção - IPCA

Ementa: Mandado de segurança. Ato do juiz da central de precatórios do TJMG. Correção de erros materiais. Art. 406 do RITJMG. Art. 1º-E da Lei nº 9.494/97. Não configuração. Inviolabilidade da coisa julgada. Rediscussão dos critérios fixados a título de juros moratórios e correção monetária no título judicial. Impossibilidade. Adis nº 4.425/DF e 4.357/DF. Precatórios expedidos. Demonstração do direito líquido e certo. Segurança concedida.
- O mandado de segurança mostra-se via apropriada para as hipóteses de proteção a direito líquido e certo que tenha sido vilipendiado por ato praticado por autoridade coatora, segundo se conclui do panorama normativo de mencionada via mandamental, em especial o disposto no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição da República, combinado com o art. 1º da Lei nº 12.016/09.
- Nos termos do art. 406, *caput*, e § 1º do RITJMG, não serão discutidas questões de mérito precedentes à formação do precatório, autorizada, porém, a correção de erros materiais a qualquer tempo, de ofício ou mediante requerimento; autorização esta também prevista no art. 1º-E da Lei nº 9.494/97.
- A modulação dos efeitos realizada pelo Supremo Tribunal Federal nas Adis nº 4.425/DF e 4.357/DF, destinou-se a manter a utilização da TR no período da entrada em vigor da EC nº 62/2009 até 25/3/2015 apenas sobre atualização de precatórios que deveriam ter sido quitados no lapso entre a declaração de inconstitucionalidade e a modulação de seus efeitos, ausentando-se ressalva quanto às novas condenações.
- Assim, os precatórios expedidos em data posterior ao julgamento devem ser corrigidos pelo IPCA-E no período entre a data da expedição e o efetivo pagamento, o que não se confunde com a correção monetária determinada em título judicial transitado em julgado, que deve ser aplicada até a data da inscrição do precatório.
- Demonstrada a violação a direito líquido e certo, a ser amparado na forma de mandado de segurança, deve ser concedida a segurança (TJMG - Mandado de Segurança 1.0000.19.161785-1/000, Relator: Des. Moacyr Lobato, Órgão Especial, j. em 15/1/2021, p. em 2/2/2021).

Processo cível - Direito constitucional - Direito administrativo

Mandado de segurança – Concurso público – Candidato excedente – Desistência de candidato melhor aprovado – Edital em vigor – Interesse e necessidade – Discricionariedade – Ausência – Direito liquido e certo à nomeação

Ementa: Mandado de segurança. Concurso público. Aprovação. Classificação fora do número de vagas. Desistência dos candidatos melhores classificados. Dentro do prazo de validade do certame. Direito líquido e certo do candidato excedente à nomeação. Embora o candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas disponibilizadas no Edital tenha mera expectativa de direito quanto à sua nomeação, tal expectativa se convola em direito, na medida em que os candidatos melhores classificados e convocados desistem da nomeação. A desistência do candidato convocado reduz a zero a discricionariedade que o Poder Público tinha com relação à nomeação dos candidatos aprovados fora do número de vagas, em face do quadro fático - interesse e necessidade - que ela formalizou com o primeiro ato administrativo de convocação (TJMG - Mandado de

Segurança 1.0000.20.000045-3/000, Relator: Des. Kildare Carvalho, Órgão Especial, j. em 27/1/2021, p. em 4/2/2021).

Câmaras Cíveis do TJMG

Processo cível - Direito administrativo - Estabilidade provisória

Estabilidade provisória – Gravidez – Contratação temporária – Indenização

Ementa: Reexame necessário e apelação cível. Contrato temporário. Gravidez. Estabilidade provisória. Reintegração. Impossibilidade. Indenização. Lei federal nº 11.770/09. Previsão local de prorrogação da licença por 60 dias. Danos morais. Necessidade de prova do abalo moral. Juros de mora e correção monetária. RE 870947 ED.
- As servidoras públicas, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade e à estabilidade estabelecida no art. 10, II, do ADCT.
- Em se tratando de servidora contratada temporária, a garantia de emprego não autoriza a sua permanência no cargo, tendo em vista a natureza precária do vínculo estabelecido.
- Ocorrendo a extinção do vínculo jurídico-administrativo ou da relação contratual da gestante, assistir-lhe-á o direito a indenização correspondente aos valores que receberia se estivesse ocupando o cargo/função pública desde a data da gravidez até cinco (5) meses após o parto, nos termos do art. 10, II, "b", do ADCT.
- Com base na autorização dada pela Lei Federal nº 11.770/09, na esfera do Estado de Minas Gerais, foi editada a Lei nº 18.879/10, instituindo a prorrogação por 60 dias da licença-maternidade às servidoras da Administração Pública direta, autárquica e fundacional que assim o requeiram, sendo tal garantia extensível às contratadas temporárias, haja vista que a lei não estabelece qualquer restrição do benefício às servidoras efetivas e não há justificativa para se garantir a proteção à maternidade a determinadas servidoras e se negar a outras, de modo a afastar seus filhos recém-nascidos do convívio com as mães servidoras.
- Somente cabem danos morais quando há prova de existência de constrangimento, sofrimento e abalo moral.
- O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 870.947 (Rel.: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 20/9/2017, Repercussão Geral - divulg 17/11/2017 public 20/11/2017), cujos embargos declaratórios foram julgados em 3/10/2019, reconheceu a inconstitucionalidade da utilização da TR para a correção monetária das condenações judiciais da Fazenda Pública, sem modulação dos efeitos, reafirmando jurisprudência no sentido de que a atualização monetária deve ser feita com base no IPCA-E.
- Em relação aos juros de mora, o STF reconheceu a constitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, em relação às condenações judiciais da Fazenda de natureza não tributária, adotando entendimento de que os juros moratórios, devidos a partir da citação, devem observar os índices de juros aplicáveis à caderneta de poupança, conforme alterações trazidas pela Lei nº 11.960/09 (TJMG - Ap Cível/Rem Necessária 1.0097.16.000155-4/001, Relator: Des. Renato Dresch, 4ª Câmara Cível, j. em 28/1/2021, p. em 29/1/2021).

Processo cível - Direito processual civil - Ação civil pública

Ação civil pública - Obrigação de fazer – Direito à saúde - Responsabilidade solidária dos entes estatais - Princípio da dignidade da pessoa humana

Ementa: Remessa necessária. Ação civil pública. Direito à saúde. Responsabilidade solidária. Fornecimento de fraldas descartáveis. Comprovação da necessidade e imprescindibilidade. Procedência do pedido inicial. Confirmação da sentença na remessa necessária.
- A Constituição da República, em seu art. 196, estabelece que a saúde é "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."
- Da leitura do art. 23, inciso II, da Constituição Federal, e dos art. 2º e 4º da Lei nº 8.080/90, é possível inferir que o legislador pátrio instituiu a responsabilidade solidária entre os gestores do SUS, no que concerne à dispensa de medicamentos e de tratamentos, de modo a permitir que o usuário do sistema eleja quaisquer das esferas de poder para obter a medicação desejada, de forma isolada e indistintamente.
- Não pode prevalecer a alegação de quebra da isonomia dos usuários do SUS, que deriva de omissão do ente Estatal, se comprovada a necessidade e a imprescindibilidade do tratamento médico pleiteado.
- Demonstrado nos autos que o paciente, menor de idade, necessita fazer uso das fraldas descartáveis, deve o ente municipal ser compelido a fornecê-las, sob pena de se atentar contra o principio da dignidade da pessoa humana, contra o direito à saúde e contra o Estatuto da Criança e do Adolescente (TJMG - Remessa Necessária-Cv 1.0338.17.011384-3/001, Relatora: Des.ª Ângela de Lourdes Rodrigues, 8ª Câmara Cível, j. em 29/1/2021, p. em 2/2/2021).

Processo cível – Direito tributário – Mandado de segurança

Mandado de segurança – ICMS – Transferência da titularidade do bem – Locação – Não incidência

Ementa: Remessa necessária. Mandado de segurança. Importação de equipamento. Locação. Regime aduaneiro especial de admissão temporária para utilização econômica. ICMS. Não incidência. Circulação de mercadoria não caracterizada. Sentença mantida. 1. Nos termos do art. 155, II, da Constituição da República, o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços possui como fato gerador a operação de circulação de mercadorias, caracterizada pela efetiva transferência de titularidade do bem. 2. A jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica ao inadmitir a incidência de ICMS em operações de mera circulação econômica, nas quais ocorrem apenas a transferência do domínio ou saída da mercadoria do estabelecimento, sem que haja a mudança de titularidade de forma onerosa (RE 540.829/SP e REsp 1.131.718/SP). 3. A importação de equipamento para utilização econômica no Regime Aduaneiro Especial de Admissão Temporária (Decreto nº 6.759/2009), mediante contrato de locação, não consubstancia fato gerador do ICMS (TJMG - Remessa Necessária-Cv 1.0000.17.004993-6/002, Relatora: Des.ª Maria Inês Souza, 2ª Câmara Cível, j. em 26/1/2021, p. em 28/1/2021).

Processo Cível – Direito civil – Inscrição em cadastros restritivos de créditos

Empresas do mesmo grupo econômico – Teoria da aparência – Legitimidade passiva

Ementa: Apelação. Ação declaratória de inexistência de débito. Inscrição nos cadastros restritivos de crédito. Legitimidade passiva. Empresas do mesmo grupo econômico. Teoria da aparência. Dever de indenizar. Dano moral puro. Arbitramento do *quantum*.
1 - Em se tratando de empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, que se apresentam perante o público consumidor como a mesma prestadora de serviço, deve ser aplicado ao caso a teoria da aparência, de modo que eventual responsabilidade pelas obrigações decorrentes da sua atuação no mercado deve ser suportada em caráter solidário, conforme § 3º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.
2 - Tendo sido o suposto credor responsável pela inscrição indevida nos Cadastros de Restrição ao Crédito com base em uma dívida que sequer foi contraída pelo suposto devedor, resta inconteste o dever de indenizar.
3 - "O dano moral decorre do próprio ato lesivo de inscrição indevida nos cadastros de restrição ao crédito, independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrido pelo autor, que se permite, na hipótese, facilmente presumir, gerando direito a ressarcimento" (REsp n° 323.356/SC).
4 - O arbitramento econômico 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, consoante parcela da jurisprudência pátria, acolhedora da tese punitiva acerca da responsabilidade civil, da necessidade de desestimular o ofensor a repetir o ato (TJMG – Apelação Cível nº 1.0000.20.577910-1/001, Relatora: Des.ª Cláudia Maia, 14ª Câmara Cível, j. em 5/2/2021, p. em 5/2/2021).

Processo cível – Direito civil – Responsabilidade civil

Atraso na entrega de diploma universitário – Dano moral - Critério de fixação

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Atraso na entrega de diploma universitário. *Quantum* indenizatório. Critérios. Multa diária por descumprimento de liminar.
- A reparação por danos morais, ao mesmo tempo em que não deve permitir o enriquecimento injustificado do lesado, não pode ser fixada em valor insignificante, pois deve servir de reprimenda para evitar a repetição da conduta abusiva.
- Tratando-se de medida coercitiva, para que a parte efetivamente cumpra o mandamento jurisdicional, pode ser imposta multa diária, cujo valor deve ser fixado com razoabilidade e proporcionalidade, considerando-se as peculiaridades do caso, e evitando-se o enriquecimento sem causa do credor (TJMG – Apelação Cível nº 1.0000.20.589948-7/001, Relator: Des. Valdez Leite Machado, 14ª Câmara Cível, j. em 4/2/2021, p. em 5/2/2021).

Processo cível – Direito civil – Responsabilidade civil

Agressão verbal de cunho homofóbico – Dano moral – Valor

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização. Agressão verbal de cunho homofóbico. Dano moral. Configuração. Valor da verba reparatória. Razoabilidade e proporcionalidade. Minoração. Não cabimento. Recurso conhecido e não provido.
- O escárnio público com agressão verbal de cunho homofóbico é suficiente para configurar o dano moral, pois atinge o direito de personalidade do ofendido, extrapolando os limites de meros aborrecimento e chateação possíveis de se aturar no dia a dia.
- O curador é civilmente responsável pelos atos do curatelado, inclusive pelo pagamento de indenização por dano moral (art. 932, II, do CCB), cujo importe deve ser mantido, se fixado com observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, à luz do caso concreto.
- Tratando-se de responsabilidade civil extracontratual, a indenização imaterial deve sofrer atualização monetária desde o arbitramento e acréscimo de juros moratórios contados do evento danoso, consoante inteligência das Súmulas 362 e 54 do STJ, respectivamente. Contudo, se a parte autora requer a incidência dos juros moratórios a partir da citação, deve ser respeitada tal pretensão, sob pena de violação ao princípio da adstrição, mesmo em se tratando o termo inicial dos encargos de ordem pública.
- Recurso conhecido e não provido (TJMG – Apelação Cível nº 1.0145.14.061497-8/001, Relator: Des. Vicente de Oliveira Silva, 20ª Câmara Cível, j. em 4/2/2021, p. em 5/2/2021).

Câmaras Criminais do TJMG

Processo penal – Execução penal – Remissão de pena

Remissão de pena – Jornada mínima diária – Exceção – Serviços prestados no estabelecimento prisional - Horário especial – Dias trabalhados

Ementa: Agravo em execução penal. Recurso ministerial. Remição de pena. Jornada inferior a 6 horas. Trabalhos de conservação e manutenção do estabelecimento prisional. Possibilidade. O parágrafo único do art. 33 da Lei de Execuções Penais, em expressa ressalva à regra da jornada diária mínima do *caput*, aduz que "Poderá ser atribuído horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal". Assim, demonstrado que o trabalho se enquadra na ressalva legal, a remição deve ser feita com base nos dias trabalhados, e não nas horas trabalhadas (TJMG - Agravo em Execução Penal nº 1.0000.20.551708-9/001, Relator: Des. Flávio Leite, 1ª Câmara Criminal, j. em 26/1/2021, p. em 28/1/2021).

Processo penal - Direito penal – Tráfico de drogas

Tráfico de drogas – Propriedade dos entorpecentes – Ausência de comprovação – Estabilidade, permanência ou habitualidade – Inexistência – Princípio do *in dubio pro reo* – Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Tráfico de drogas. Recurso ministério público. Condenação de ambos os réus pelos delitos previstos nos art. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06. Inviabilidade. Fragilidade das provas produzidas em contraditório judicial. Ausência de vinculação com as drogas. Associação e estabilidade não demonstradas. Impossibilidade de reconhecimento do comércio de drogas e da associação para o tráfico de entorpecentes. Recurso defensivo. Absolvição. Possibilidade. Insuficiência de provas acerca da propriedade do acusado quanto às drogas apreendidas. Aplicação do princípio do *in dubio pro reo.* Negar provimento ao recurso ministerial e dar provimento ao recurso defensivo. - Não havendo prova judicial suficiente demonstrando que o apelado tinha envolvimento com o delito de tráfico de drogas, uma vez que ausente prova de seu vínculo com os entorpecentes apreendidos, a manutenção da absolvição proferida em primeira instância é de rigor, em obediência ao princípio *in dubio pro reo*. - Não se colhendo da prova produzida em contraditório judicial a certeza necessária quanto propriedade do acusado quanto aos entorpecentes apreendidos, não há que se falar em condenação pelo delito de tráfico de drogas narrado na denúncia, devendo o acusado ser absolvido da imputação com base no princípio do *in dubio pro reo*. - A condenação pelo crime de associação para o tráfico, previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06, exige a comprovação da existência de estabilidade, permanência ou habitualidade, bem como o *animus* associativo, que se traduz no prévio ajuste para a formação de um vínculo associativo de fato, o que não se verifica no caso em análise (TJMG - Apelação Criminal 1.0223.18.018795-5/001, Relator: Des. Glauco Fernandes, 4ª Câmara Criminal, j. em 27/1/2021, p. em 3/2/2021).

Processo penal – Direito penal – Apelação criminal

Furto qualificado - Escusa absolutória – Parentesco por afinidade

Ementa: Apelação criminal. Furto qualificado. Aplicação da escusa absolutória. Inviabilidade. Parentesco por afinidade. Decote da majorante do repouso noturno. Inadmissibilidade. Lugar não habitado. Irrelevância. Regime prisional. Abrandamento. Dado parcial provimento ao recurso.
1. Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, a escusa absolutória prevista no art. 181, II, do Código Penal não se aplica nas hipóteses de parentesco por afinidade.
2. Comprovado que o furto foi praticado durante o repouso noturno, incide a agravante prevista no art. 155, § 1º, do Código Penal, independentemente de o crime ter sido praticado habitado ou não, eis que tal circunstância mostra-se irrelevante.
3. Na esteira do que prevê a Súmula 269 do STJ, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".
4. Dado parcial provimento ao recurso (TJMG – Apelação Criminal nº 1.0172.20.000085-6/001, Relator: Des. Marcílio Eustáquio Santos, 7ª Câmara Criminal, j. em 3/2/2021, p. em 5/2/2021).

Processo penal – Direito penal – Agravo em execução penal

Livramento condicional – Falta grave – Dupla valoração – Período aquisitivo

Ementa: Agravo em execução penal. Livramento condicional. Requisito subjetivo. Falta grave. Punição reconhecida. Dupla valoração. *Bis in idem*. Configuração.
1. A falta grave anterior ao período aquisitivo do livramento condicional não pode ser utilizada para indeferir tal benefício quando já foi utilizada para punir anteriormente o reeducando, sob pena de configurar *bis in idem*.
2. Ademais, não se exige o prazo de um ano da falta grave para concessão da referida benesse, porquanto os fatos ocorreram antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19 (TJMG – Agravo em Execução Penal nº 1.0000.20.528997-8/002, Relator: Des. Dirceu Walace Baroni, 8ª Câmara Criminal, j. em 4/2/2021, p. em 4/2/2021).

Superior Tribunal de Justiça

Recursos repetitivos

Direito civil – Direito do consumidor

Plano de saúde. Cláusula de coparticipação à razão máxima de 50% (cinquenta por cento). Informação e ajuste ao consumidor. Transtorno psiquiátrico. Internação superior a 30 (trinta) dias por ano. Abusividade afastada. Validade. Equilíbrio financeiro. Tema 1032.

Nos contratos de plano de saúde não é abusiva a cláusula de coparticipação expressamente ajustada e informada ao consumidor, à razão máxima de 50% (cinquenta por cento) do valor das despesas, nos casos de internação superior a 30 (trinta) dias por ano, decorrente de transtornos psiquiátricos, preservada a manutenção do equilíbrio financeiro.

- Cinge-se a controvérsia a definir se é legal ou abusiva a cláusula que impõe coparticipação para a hipótese de internação psiquiátrica, uma modalidade de tratamento para indivíduos acometidos por transtornos mentais, comorbidades ou dependência química, que corresponde a um serviço de saúde de enorme relevância pública.
- Ao contratar um plano de saúde e despender mensalmente relevantes valores na sua manutenção, o consumidor busca garantir, por conta própria, acesso a um direito fundamental que, a rigor, deveria ser prestado pelo Estado de modo amplo, adequado, universal e irrestrito.
- Ocorre que, se a universalização da cobertura - apesar de garantida pelo constituinte originário no art. 198 da Constituição Federal e considerada um dos princípios basilares das ações e serviços públicos de saúde nos termos do art. 7º da Lei nº 8.080/90 que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências - não é viabilizada pelo Estado no tempo e modo necessários para fazer frente às adversidades de saúde que acometem os cidadãos, tampouco pode ser imposta de modo completo e sem limites ao setor privado, porquanto, nos termos do art. 199 da Constituição Federal e 4º, § 1º, da Lei nº 8.080/90, a assistência à saúde de iniciativa privada é exercida em caráter complementar.

- A presente discussão vincula-se, exatamente, às entidades privadas de assistência à saúde que, embora prestem - de modo secundário e supletivo - serviços de utilidade pública relacionados a direito fundamental estabelecido na Carta Constitucional, exercem, no âmbito do sistema da livre iniciativa, o seu mister com foco na obtenção de lucro inerente à atividade exercida, ressalvadas aquelas instituições filantrópicas ou sem fins lucrativos.
- Assim, diferentemente do Estado, que tem o dever de prestar assistência ampla e ilimitada à população, a iniciativa privada se obriga nos termos da legislação de regência e do contrato firmado entre as partes, no âmbito do qual são estabelecidos os serviços a serem prestados/cobertos, bem como as limitações e restrições de direitos.
- A Lei nº 9.656/98 rege os planos e seguros privados de assistência à saúde e permite à operadora dos respectivos serviços custear, total ou parcialmente, a assistência médica, hospitalar e odontológica de seus clientes, estabelecendo no art. 16, inciso VIII, que os contratos, regulamentos ou produtos colocados à disposição dos consumidores podem fixar "a franquia, os limites financeiros ou o percentual de coparticipação do consumidor ou beneficiário".
- Como se vê da lei de regência, os planos de saúde podem ser coparticipativos ou não, sendo, pois, lícita a incidência da coparticipação em determinadas despesas, desde que informado com clareza o percentual deste compartilhamento, nos termos dos art. 6º, inciso III, e 54, §§ 3º e 4º da Lei nº 8.078/90, nos quais estabelecido que eventuais limitações a direitos, ressalvas e restrições de cobertura, bem como estipulações e obrigações carreadas aos consumidores devem ser redigidos de modo claro, com caracteres ostensivos e legíveis e com o devido destaque a fim de permitir a fácil compreensão pelo consumidor.
- A prescrição da internação em virtude de transtornos psiquiátricos ou doenças mentais é considerada uma medida terapêutica excepcional, a ser utilizada somente quando outras formas de tratamento ambulatorial ou em consultório se mostrarem insuficientes para a recuperação do paciente/consumidor.
- Diante desse contexto, em obediência aos ditames da Lei nº 9.656/98, que admite a coparticipação de algumas despesas, e aos princípios orientadores da internação segundo a Lei nº 10.216/2001, o Conselho Nacional de Saúde Complementar - Consu e a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, a fim de regulamentarem a questão, editaram diversas Resoluções Normativas para o trato da matéria ao longo das últimas duas décadas.
- Consoante os ditames legais e regulamentares acerca da questão jurídica, verifica-se que não é abusiva a cláusula de coparticipação expressamente contratada e informada ao consumidor, limitada ao máximo de 50% do valor contratado entre a operadora de planos privados de assistência à saúde e o respectivo prestador de serviços de saúde, para a hipótese de internação superior a 30 (trinta) dias decorrente de transtornos psiquiátricos, pois destinada à manutenção do equilíbrio entre as prestações e contraprestações que envolvem a gestão dos custos dos contratos de planos privados de saúde. REsp 1.809.486-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Segunda Seção, por unanimidade, j. em 9/12/2020, *DJe* de 16/12/2020. (Fonte - *Informativo* 684 - Publicação: 5/2/2020).

Direito empresarial – Direito falimentar

Recuperação judicial. Crédito. Existência. Sujeição aos efeitos do processo de soerguimento. Art. 49, *caput*, da Lei nº 11.101/2005. Data do fato gerador. Tema

1051.

Para o fim de submissão aos efeitos da recuperação judicial, considera-se que a existência do crédito é determinada pela data em que ocorreu o seu fato gerador.

- A questão controvertida consiste em definir, a partir da interpretação do art. 49, *caput*, da Lei nº 11.101/2005, se a existência do crédito é determinada pela data de seu fato gerador ou pelo trânsito em julgado da sentença que o reconhece. Conforme se percebe da leitura do referido artigo, nem todos os credores estão submetidos aos efeitos da recuperação judicial, mas somente aqueles titulares de créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, e que não foram excepcionados pelo art. 49, §§ 3º e 4º, da Lei nº 11.101/2005. Além disso, os créditos de natureza fiscal estão excluídos da recuperação judicial (art. 6º, § 7º, da Lei nº 11.101/2005).
- Diante dessa opção do legislador de excluir determinados credores da recuperação judicial, mostra-se imprescindível identificar o que deve ser considerado como crédito existente na data do pedido ainda que não vencido. A matéria ganha especial dificuldade no que respeita aos créditos que dependem de liquidação.
- Os créditos ilíquidos decorrentes de responsabilidade civil, das relações de trabalho e de prestação de serviços, entre outros, dão ensejo a duas interpretações quanto ao momento de sua existência, que podem ser assim resumidas: (i) a existência do crédito depende de provimento judicial que o declare (com trânsito em julgado) e (ii) a constituição do crédito ocorre no momento do fato gerador, pressupondo a existência de um vínculo jurídico entre as partes, o qual não depende de decisão judicial que o declare.
- A primeira corrente interpretativa parte do pressuposto de que somente nas situações em que a obrigação é descumprida, sendo necessária a intervenção do Poder Judiciário para que a prestação seja satisfeita, é que se poderia falar em existência do crédito. No entanto, o crédito pode ser satisfeito espontaneamente, a partir da quantificação acordada pelas partes, extinguindo-se a obrigação.
- Disso decorre que a existência do crédito não depende de declaração judicial. Na verdade, confunde-se o conceito de obrigação e de responsabilidade.
- A existência do crédito está diretamente ligada à relação jurídica que se estabelece entre o devedor e credor, o liame entre as partes, pois é com base nela que, ocorrido o fato gerador, surge o direito de exigir a prestação (direito de crédito). Assim, a prestação do trabalho, na relação trabalhista, faz surgir o direito ao crédito; na relação de prestação de serviços, a realização do serviço.
- Na responsabilidade civil contratual, o vínculo jurídico precede a ocorrência do ilícito que faz surgir o dever de indenizar. Na responsabilidade jurídica extracontratual, o liame entre as partes se estabelece concomitantemente com a ocorrência do evento danoso. De todo modo, ocorrido o ato lesivo, surge o direito ao crédito relativo à reparação dos danos causados.
- Ou seja, os créditos submetidos aos efeitos da recuperação judicial são aqueles decorrentes da atividade do empresário antes do pedido de recuperação, isto é, de fatos praticados ou de negócios celebrados pelo devedor em momento anterior ao pedido de recuperação judicial, excetuados aqueles expressamente apontados na lei de regência.
- Nessa linha, foi editado o Enunciado nº 100 da III Jornada de Direito Comercial, que tem o seguinte teor: "Consideram-se sujeitos à recuperação judicial, na forma

do art. 49 da Lei nº 11.101/2005, os créditos decorrentes de fatos geradores anteriores ao pedido de recuperação, independentemente da data de eventual acordo, sentença ou trânsito em julgado."
- Em resumo, ocorrido o fato gerador, surge o direito de crédito, sendo o adimplemento e a responsabilidade elementos subsequentes, não interferindo na sua constituição. Diante disso, conclui-se que a submissão do crédito aos efeitos da recuperação judicial não depende de sentença que o declare ou o quantifique, menos ainda de seu trânsito em julgado, bastando a ocorrência do fato gerador, conforme defende a segunda corrente interpretativa mencionada e o entendimento adotado pela iterativa jurisprudência desta Corte. REsp 1.842.911-RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, por unanimidade, j. em 9/12/2020, *DJe* de 17/12/2020 (Tema 1051) (Fonte - *Informativo* 684 - Publicação: 5/2/2020).

Direito processual civil – Direito empresarial – Direito falimentar

Recuperação judicial e falência. Decisões interlocutórias. Hipóteses de cabimento do agravo de instrumento previstas na Lei nº 11.101/2005. Risco de lesão grave e de difícil reparação exigidos pelo CPC/1973. Ressignificação do cabimento à luz do CPC/2015. Natureza jurídica do processo recuperacional. Liquidação e execução negocial. Natureza jurídica do processo falimentar. Liquidação e execução coletiva. Aplicabilidade da regra do art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015. Cabimento de agravo de instrumento contra todas as decisões interlocutórias proferidas nos processos recuperacionais e falimentares. Modulação de efeitos. Segurança jurídica e proteção da confiança. Tema 1022.

Cabe agravo de instrumento de todas as decisões interlocutórias proferidas no processo de recuperação judicial e no processo de falência, por força do art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015.

- No regime recursal adotado pelo CPC/2015, há dois diferentes modelos de recorribilidade das decisões interlocutórias: (i) para as decisões proferidas na fase de conhecimento, será cabível o agravo de instrumento nas hipóteses listadas nos incisos do art. 1.015, observado, ainda, o abrandamento da taxatividade desse rol em razão da tese fixada por ocasião do julgamento do Tema Repetitivo 988 (tese da taxatividade mitigada); (ii) para as decisões proferidas nas fases de liquidação e cumprimento da sentença, no processo executivo e na ação de inventário, será cabível o agravo de instrumento contra todas as decisões interlocutórias, por força do art. 1.015, parágrafo único.
- O regime recursal diferenciado para as decisões interlocutórias proferidas nas fases de liquidação e cumprimento de sentença, no processo executivo e na ação de inventário se justifica pela impossibilidade de rediscussão posterior da questão objeto da interlocutória, na medida em que nem sempre haverá apelação nessas espécies de fases procedimentais e processos, inviabilizando a incidência da regra do art. 1.009, § 1º, do CPC/2015 e também pela altíssima invasividade e gravidade das decisões interlocutórias proferidas nessas espécies de fases procedimentais e processos, uma vez que, em regra, serão praticados inúmeros e sucessivos atos judiciais de índole satisfativa (pagamento, penhora, expropriação e alienação de bens, etc.) que se revelam claramente incompatíveis com a recorribilidade apenas diferida das decisões interlocutórias.
- Conquanto a Lei nº 11.101/2005 preveja o cabimento do agravo de instrumento

em específicas hipóteses, como, por exemplo, o art. 17, *caput*, art. 59, § 2º e art. 100, não se pode olvidar que, por ocasião da edição da referida lei, vigorava no Brasil o CPC/1973, cujo sistema recursal, no que tange às decisões interlocutórias, era diametralmente oposto ao regime recursal instituído pelo CPC/2015, de modo que a escolha, pelo legislador, de apenas algumas específicas hipóteses de recorribilidade imediata das interlocutórias proferidas nos processos recuperacionais e falimentares deve ser interpretada como o reconhecimento de que, naquelas hipóteses, estava presumidamente presente o risco de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, requisito exigido pelo art. 522, *caput*, do CPC/1973.
- Ao se reinterpretar a questão relacionada à recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas nos processos recuperacionais e falimentares à luz do regime instituído pelo CPC/2015, conclui-se que, tendo o processo recuperacional a natureza jurídica de liquidação e de execução negocial das dívidas da pessoa jurídica em recuperação e tendo o processo falimentar a natureza jurídica de liquidação e de execução coletiva das dívidas da pessoa jurídica falida, a esses processos deve ser aplicada a regra do art. 1.015, parágrafo único, do novo CPC.
- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: Cabe agravo de instrumento de todas as decisões interlocutórias proferidas no processo de recuperação judicial e no processo de falência, por força do art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015.
- Para propiciar segurança jurídica e proteger as partes que, confiando na irrecorribilidade das decisões interlocutórias fora das hipóteses de cabimento previstas na Lei nº 11.101/2005, não interpuseram agravo de instrumento com base no art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015, faz-se necessário estabelecer que: (i) as decisões interlocutórias que não foram objeto de recurso de agravo de instrumento poderão ser objeto de impugnação pela parte em eventual e hipotética apelação ou em contrarrazões, como autoriza o art. 1.009, § 1º, do CPC/2015, se entender a parte que ainda será útil o enfrentamento da questão incidente objeto da decisão interlocutória naquele momento processual; (ii) que a presente tese jurídica vinculante deverá ser aplicada a todas as decisões interlocutórias proferidas após a publicação do acórdão que fixou a tese e a todos os agravos de instrumento interpostos antes da fixação da tese e que ainda se encontrem pendentes de julgamento ao tempo da publicação deste acórdão, excluindo-se aqueles que não foram conhecidos por decisão judicial transitada em julgado. REsp 1.717.213-MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, por unanimidade, j. em 3/12/2020, *Dje* de 10/12/2020 (Tema 1022). (Fonte - *Informativo* 684 - Publicação: 5/2/2020).

Corte Especial

Direito processual civil

Decisão que indefere requerimento consensual de designação da audiência de conciliação prevista no art. 334 do CPC. Impugnação imediata. Via adequada após tema repetitivo 988. Agravo de instrumento. Excepcional utilização do mandado de segurança. Impossibilidade absoluta.

Não é admissível, nem excepcionalmente, a impetração de mandado de segurança para impugnar decisões interlocutórias após a publicação do acórdão em que se fixou a tese referente ao tema repetitivo 988, segundo a qual "o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso

admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação".

- Cinge-se a controvérsia a definir se, após a publicação do acórdão em que se fixou a tese referente ao tema repetitivo 988, é admissível, ainda que excepcionalmente, a impetração de mandado de segurança para impugnar decisões interlocutórias.
- Inicialmente, é preciso reconhecer desde logo a premissa no sentido de que ser inócuo e inútil impugnar, apenas em apelação ou em contrarrazões, a decisão interlocutória que indefere a designação da audiência de conciliação pretendida pelas partes.
- De fato, de nada adiantará, do ponto de vista prático, uma eventual impugnação diferida sobre um ato processual que se pretende seja praticado no início do processo, especialmente porque diante da irreversibilidade dos efeitos que serão produzidos com a referida decisão e dos danos alegadamente sofridos pelas partes.
- Quanto à via impugnativa adequada, a decisão judicial que, a requerimento do réu, indefere o pedido de designação da audiência de conciliação prevista no art. 334, *caput*, do CPC, ao fundamento de dificuldade de pauta, proferida após a publicação do acórdão que fixou a tese da taxatividade mitigada, somente é impugnável por agravo de instrumento e não por mandado de segurança.
- Conquanto seja excepcionalmente admissível a impugnação de decisões judiciais *lato sensu* por mandado de segurança, não é admissível, nem mesmo excepcionalmente, a impugnação de decisões interlocutórias por mandado de segurança após a tese firmada no tema repetitivo 988, que estabeleceu uma exceção ao posicionamento há muito adotado nesta Corte, especificamente no que tange à impugnabilidade das interlocutórias, de modo a vedar, em absoluto, a impugnação dessa espécie de decisão pelas partes mediante mandado de segurança, porque há via impugnativa recursal apropriada, o agravo de instrumento. RMS 63.202-MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Rel. Acd. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, por maioria, j. em 1º/12/2020, *DJe* de 18/12/2020. (Fonte - *Informativo* 684 - Publicação: 5/2/2020).

Direito processual civil

Planos e seguros de saúde. Ação coletiva vindicando descumprimento de norma emitida pela ANS. Litisconsórcio passivo necessário da União e da ANS. Imprescindibilidade.

Há litisconsórcio passivo necessário da União e da Agência Nacional de Saúde em ação coletiva que afete a esfera do poder regulador da entidade da Administração Pública.

- Trata-se de ação coletiva que tem como causa de pedir a invocação de que a Resolução nº 13/1998 do Conselho de Saúde Suplementar - Consu, reproduzida em cláusulas de contratos de planos e seguros de saúde das rés, alegadamente extrapolou os lindes estabelecidos pela Lei nº 9.656/1998, ao impor o limite, no período de carência contratual, de 12 horas para atendimento aos beneficiários dos planos ambulatoriais e hospitalares. Com efeito, o exame da higidez do ato administrativo é questão prejudicial ao acolhimento do pedido, que implica tacitamente obstar seus efeitos, ao fundamento de violação de direito de terceiros

(beneficiários de planos e seguros de saúde).
- Por um lado, o art. 4º, incisos I, XXIX e XXX, da Lei nº 9.961/2000 estabelece que compete à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS: I - propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar; XXIX - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação; XXX - aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação. Por outro lado, o contrato (o regulamento contratual) não se confunde com o instrumento contratual, sendo as normas legais e os atos das autoridades constituídas - notadamente em se tratando de relação contratual a envolver a saúde suplementar, que sofre forte intervenção estatal -, juntamente com a vontade das partes (que exprime o poder de autonomia), os agentes típicos das limitações à liberdade contratual dos particulares, isto é, são as fontes do regulamento contratual, para cuja concreta determinação, segundo as circunstâncias e em diferentes medidas, podem concorrer.
- Nos termos do art. 47 do CPC/1973, há litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei "ou pela natureza da relação jurídica", o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes. E o art. 114 do CPC/2015 também estabelece que o litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes. Já o art. 115, I, do CPC/2015 dispõe que a sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo.
- Assim, orienta a doutrina que parte legítima para a causa é quem figura na relação como titular dos interesses em lide ou, ainda, como substituto processual. No tocante aos substituídos da ação civil pública e às inúmeras seguradoras e operadoras de planos de saúde rés, o pedido mediato da ação, bem como o decidido pelas instâncias ordinárias, pretensamente esvazia os efeitos do ato regulamentar administrativo (que vincula fornecedores e consumidores), a par de ensejar a possibilidade de coexistência de decisões inconciliáveis, caso o ato administrativo venha a ser questionado na Justiça Federal e considerado hígido.
- Consoante a jurisprudência da Primeira Seção do STJ, há litisconsórcio passivo necessário quando o pedido formulado na inicial da ação afetar a esfera do poder regulador de entidade da administração pública.
- Nessa linha, não se tratando de ação coletiva visando a dar cumprimento à regulamentação legal e/ou infralegal - hipótese mais frequente, em que é inquestionável a competência da Justiça Estadual e a ausência de interesse institucional da União e da ANS -, mas de tentativa, por via transversa, sem a participação das entidades institucionalmente interessadas, de afastar os efeitos de disposição cogente infralegal, ocasionando embaraço às atividades fiscalizatórias e sancionatórias da ANS, sem propiciar às entidades da administração pública federal o exercício da ampla defesa e do contraditório, até mesmo para eventualmente demonstrarem o interesse público na manutenção dos efeitos da norma, devem integrar o polo passivo da demanda a União e a ANS. REsp 1.188. 443-RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Rel. Acd. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, por maioria, j. em 27/10/2020, *DJe* de 18/12/2020. (Fonte - *Informativo* 684 - Publicação: 5/2/2020).

Segunda Seção

Direito civil – Direito do consumidor

Plano de saúde. Despesas médico-hospitalares realizadas fora da rede credenciada. Reembolso. Restrição a situações excepcionais. Inexistência ou insuficiência de estabelecimento ou profissional credenciado no local. Urgência ou emergência do procedimento. Art. 12, VI, da Lei nº 9.656/1998.

O reembolso das despesas médico-hospitalares efetuadas pelo beneficiário com tratamento/atendimento de saúde fora da rede credenciada pode ser admitido somente em hipóteses excepcionais, tais como a inexistência ou insuficiência de estabelecimento ou profissional credenciado no local e urgência ou emergência do procedimento.

- A Segunda Seção, em apreciação aos embargos de divergência, pacificou o entendimento que encontrava dissonância no âmbito do Tribunal com relação ao reembolso das despesas efetuadas pelo usuário do plano de saúde fora da rede conveniada.
- À vista disso, constata-se que o acórdão embargado, proferido pela Quarta Turma do STJ, reformou o acórdão estadual sob o fundamento de que a jurisprudência desta Corte Superior entende que o reembolso das despesas efetuadas pelo usuário do plano de saúde fora da rede conveniada somente é admitido em casos excepcionais, conforme prevê o art. 12, VI, da Lei nº 9.656/1998.
- Por sua vez, os acórdãos paradigmas, proferidos pela Terceira Turma do STJ, entenderam que a exegese do artigo supracitado deve ser extensiva, em homenagem aos princípios da boa-fé e da proteção da confiança nas relações privadas.
- Importante deixar assente que o contrato de plano de assistência à saúde, por definição, tem por objeto propiciar, mediante o pagamento de um preço (consistente em prestações antecipadas e periódicas), a cobertura de custos de tratamento médico e atendimentos médico, hospitalar e laboratorial perante profissionais, rede de hospitais e laboratórios próprios ou credenciados.
- Dessa forma, a estipulação contratual que vincula a cobertura contratada aos médicos e hospitais de sua rede ou conveniados é inerente a esta espécie contratual e, como tal, não encerra, em si, nenhuma abusividade.
- Não obstante, excepcionalmente, nos casos de urgência e emergência, em que não se afigurar possível a utilização dos serviços médicos próprios, credenciados ou conveniados, a empresa de plano de saúde, mediante reembolso, responsabiliza-se pelas despesas médicas expendidas pelo contratante em tais condições, limitada, no mínimo, aos preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto.
- Trata-se, pois, de garantia legal mínima conferida ao contratante de plano de assistência à saúde, a ser observada, inclusive, no denominado plano-referência, de cobertura básica, de modo que não se pode falar em ofensa ao princípio da proteção da confiança nas relações privadas, já que os beneficiários do plano estarão sempre amparados, seja pela rede credenciada, seja por outros serviços de saúde quando aquela se mostrar insuficiente ou se tratar de situação de urgência. EAREsp 1.459.849-ES, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, por maioria, j. em 14/10/2020, *DJe* de 17/12/2020. (Fonte - *Informativo* 684 - Publicação: 5/2/2020).

Terceira Seção

Direito constitucional – Direito processual penal – Direito processual civil

Serviços de comunicação. Criptografia de ponta a ponta. Quebra de sigilo de dados. Decisão judicial. Descumprimento. Impossibilidade técnica. Astreintes. Ilegalidade.

É ilegal a aplicação de astreintes, por descumprimento de decisão judicial de quebra de sigilo de dados, em virtude da impossibilidade técnica pelo emprego de criptografia de ponta a ponta.

- A possibilidade de aplicação, em abstrato, da multa cominatória foi reconhecida, por maioria, nesta Terceira Seção (REsp 1.568.445/PR, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Rel. p/ Acórdão Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, j. em 24/6/2020, *DJe* de 20/8/2020).
- No caso, porém, há de se fazer uma distinção ou um *distinguishing* entre o precedente citado e a situação em análise cuja controvérsia é a alegação, pela empresa que descumpriu a ordem judicial, da impossibilidade técnica de obedecer à determinação do Juízo, haja vista o emprego da criptografia de ponta a ponta.
- Criptografia de ponta a ponta é a proteção dos dados nas duas extremidades do processo, tanto no polo do remetente quanto no outro polo do destinatário. Nela, há "dois tipos de chaves são usados para cada ponta da comunicação, uma chave pública e uma chave privada. As chaves públicas estão disponíveis para as ambas as partes e para qualquer outra pessoa, na verdade, porque todos compartilham suas chaves públicas antes da comunicação. Cada pessoa possui um par de chaves, que são complementares. [...] O conteúdo só poderá ser descriptografado usando essa chave pública [...] junto à chave privada [...]. Essa chave privada é o único elemento que torna impossível para qualquer outro agente descriptografar a mensagem, já que ela não precisa ser compartilhada".
- Ao buscar mecanismos de proteção à liberdade de expressão e comunicação privada, por meio da criptografia de ponta a ponta, as empresas estão protegendo direito fundamental, reconhecido expressamente na Carta Magna.
- Convém ressaltar que o Ministro Edson Fachin, na ADPF 403, e a Ministra Rosa Weber, na ADI 5527, chegam à mesma conclusão: o ordenamento jurídico brasileiro não autoriza, em detrimento da proteção gerada pela criptografia de ponta a ponta, em benefício da liberdade de expressão e do direito à intimidade, sejam os desenvolvedores da tecnologia multados por descumprirem ordem judicial incompatível com encriptação.
- Assim, em ponderação de valores os benefícios advindos da criptografia de ponta a ponta se sobrepõem às eventuais perdas pela impossibilidade de se coletar os dados das conversas dos usuários da tecnologia. RMS 60.531-RO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Rel. Acd. Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, por maioria, j. em 9/12/2020, *DJe* de 17/12/2020. (Fonte - *Informativo* 684 - Publicação: 5/2/2020).

Direito penal

Dosimetria da pena. Majorantes sobejantes. Patamar fixo ou variável. Valoração em outra fase. Possibilidade. Princípio da individualização da pena.

O deslocamento da majorante sobejante para outra fase da dosimetria, além de não contrariar o sistema trifásico, é a que melhor se coaduna com o princípio da individualização da pena.

- A questão jurídica diz respeito, em síntese, à valoração de majorantes sobejantes na primeira ou na segunda fase da dosimetria da pena, a depender se a causa de aumento traz patamar fixo ou variável.
- De início, ressalta-se que não é possível dar tratamento diferenciado à causa de aumento que traz patamar fixo e à que traz patamar variável, porquanto, além de não se verificar utilidade na referida distinção, o mesmo instituto jurídico teria tratamento distinto a depender de critério que não integra sua natureza jurídica.
- Quanto à possibilidade propriamente dita de deslocar a majorante sobejante para outra fase da dosimetria, considero que se trata de providência que, além de não contrariar o sistema trifásico, é a que melhor se coaduna com o princípio da individualização da pena.
- Com efeito, o sistema trifásico, trazido no art. 68 do Código Penal, disciplina que a fixação da pena observará três fases: a fixação da pena-base, por meio da valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal; a fixação da pena intermediária, com a valoração das atenuantes e das agravantes; e a pena definitiva, após a incidência das causas de diminuição e de aumento da pena.
- O Código Penal não atribui um patamar fixo às circunstâncias judiciais nem às agravantes e atenuantes, as quais devem ser sopesadas de acordo com o livre convencimento motivado do Magistrado, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. As causas de aumento e de diminuição, por seu turno, já apresentam os patamares que devem ser utilizados, de forma fixa ou variável.
- Segundo a doutrina, as causas de aumento também são chamadas de qualificadoras em sentido amplo e, "por integrarem a estrutura típica do delito, permitem a fixação da pena acima do máximo em abstrato previsto pelo legislador".
- Nessa linha de raciocínio, nos mesmos moldes em que ocorre com o crime qualificado, já existindo uma circunstância que qualifique ou majore o crime, autorizando, assim, a alteração do preceito secundário, ou a incidência de fração de aumento, considera-se correta a jurisprudência que prevalece no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que as qualificadoras e majorantes sobressalentes podem ser valoradas na primeira ou na segunda fase da dosimetria da pena.
- De fato, da mesma forma que a existência de mais de uma qualificadora não modifica nem o tipo penal nem o preceito secundário, tem-se que a existência de mais de uma majorante também não autoriza a retirada da fração de aumento do mínimo, uma vez que se "exige fundamentação concreta, não sendo suficiente a mera indicação do número de majorantes", nos termos do entendimento sumulado no verbete nº 443 da Súmula desta Corte.
- Nesse contexto, a desconsideração tanto da qualificadora quanto da majorante sobressalentes acaba por violar o princípio da individualização da pena, o qual preconiza a necessidade de a pena ser aplicada em observância ao caso concreto, com a valoração de todas as circunstâncias objetivas e subjetivas do crime.
- Ademais, referida desconsideração vai de encontro ao sistema trifásico, pois as causas de aumento (3ª fase), assim como algumas das agravantes, são, em regra, circunstâncias do crime (1ª fase) valoradas de forma mais gravosa pelo legislador.

Assim, não sendo valoradas na terceira fase, nada impede sua valoração de forma residual na primeira ou na segunda fases.
- A desconsideração das majorantes sobressalentes na dosimetria acabaria por subverter a própria individualização da pena realizada pelo legislador, uma vez que as circunstâncias consideradas mais gravosas, a ponto de serem tratadas como causas de aumento, acabariam sendo desprezadas. Lado outro, se não tivessem sido previstas como majorantes, poderiam ser integralmente valoradas na primeira e na segunda fases da dosimetria.
- Por fim, não há se falar que o deslocamento da causa de aumento para a primeira fase permite o "agravamento do regime prisional por via transversa", porquanto o que não se admite é a fixação de regime prisional mais gravoso sem a devida fundamentação. Assim, ainda que a pena-base seja fixada no mínimo legal, é possível a imposição de regime mais gravoso que o estabelecido em lei, desde que seja declinada motivação concreta. HC 463.434-MT, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, por unanimidade, j. em 25/11/2020, *DJe* de 18/12/2020. (Fonte - *Informativo* 684 - Publicação: 5/2/2020).

Este boletim é uma publicação da Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas, elaborado pela Coordenação de Jurisprudência. Sugestões podem ser encaminhadas para coind@tjmg.jus.br.

Recebimento por *e-mail*

Para receber o *Boletim de Jurisprudência* por meio eletrônico, envie *e-mail* para cadastro-bje@lista.tjmg.jus.br, e o sistema remeterá uma mensagem de confirmação.

Edições anteriores

Clique aqui para acessar as edições anteriores do *Boletim de Jurisprudência* disponibilizadas na Biblioteca Digital do TJMG.